

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RODRIGO RAMINA DE LUCCA

RESOLUÇÃO LIMINAR DO MÉRITO E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

CURITIBA
2008

RODRIGO RAMINA DE LUCCA

RESOLUÇÃO LIMINAR DO MÉRITO E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel, no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

Co-orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA
2008

Aos meus pais, aos meus avós e à Thalita.

RESUMO

As últimas reformas do Código de Processo Civil aumentaram as hipóteses de julgamento liminar do mérito, ou seja, aumentaram os casos em que o juiz pode julgar improcedente a pretensão do autor antes da citação do réu.

A primeira parte desse trabalho foca-se no julgamento liminar do mérito, buscando-se demonstrar os motivos pelos quais o legislador permitiu ao juiz que conhecesse de ofício da prescrição e julgasse liminarmente causas repetitivas (art. 285-A, do CPC). Tenta-se, igualmente, defender tais possibilidades, enumerando-se as vantagens de se julgar liminarmente o mérito de determinados processos e afastando-se as críticas eventualmente formuladas.

Em um segundo momento, aborda-se as condições da ação. O estudo, o que se mostra quase inevitável, inicia-se pelas diversas teorias da ação, de modo a se entender a evolução pela qual passou o instituto. Ao se chegar à teoria eclética, analisam-se os aspectos desta construção teórica, no que se impõe a apresentação dos posicionamentos de seus defensores e das críticas formuladas de maneira cada vez mais incisiva ao condicionamento da ação.

Ao final, passa-se pela definição de mérito e sua relação com as condições da ação, momento em que se tenta demonstrar que as condições da ação são, em verdade, hipóteses de resolução liminar do mérito, ainda que recebam uma roupagem diversa pelo nosso Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução liminar do mérito. Julgamento *prima facie*. Efetividade. Celeridade. Instrumentalidade. Teorias da ação. Teoria Eclética. Condições da ação. Mérito.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	06
II. RESOLUÇÃO LIMINAR DO MÉRITO	
II.1. Fundamentos da resolução liminar do mérito	07
II.1.1. <i>Celeridade processual, efetividade do processo e busca da verdade: uma ponderação necessária</i>	08
II.1.2. <i>Instrumentalidade e efetividade do processo</i>	11
II.1.3. <i>A crise da efetividade e a resolução liminar do mérito</i>	12
II.2. Algumas hipóteses de resolução liminar do mérito	15
II.2.1. <i>Improbidade administrativa (Lei 8.429/92)</i>	15
II.2.2. <i>Decadência</i>	15
II.2.3. <i>Prescrição</i>	17
II.3. Resolução liminar de causas repetitivas	19
II.3.1. <i>O art. 285-A do CPC</i>	19
II.3.2. <i>Aplicação do art. 285-A quando há diversidade de argumentos trazidos pelo autor</i>	22
II.3.3. <i>O art. 285-A e a observância à jurisprudência dominante dos tribunais</i>	23
II.3.4. <i>Falta de Citação e os Pressupostos de Existência do Processo</i>	24
II.3.5. <i>A Constitucionalidade do Novo Instituto</i>	27
II.3.6. <i>Profundidade da cognição e o art. 285-A</i>	32
III. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A RESOLUÇÃO LIMINAR DO MÉRITO	
III.1. A evolução do conceito de ação	34
III.1.1. <i>A teoria civilista da ação e a polêmica entre Windscheid e Muther</i>	34
III.1.2. <i>A teoria da ação autônoma e concreta</i>	35
III.1.3. <i>A teoria da ação abstrata</i>	37
III.1.4. <i>A teoria da ação de direito material</i>	41
III.1.5. <i>A teoria eclética</i>	48
III.2. Críticas à teoria eclética	51
III.2.1. <i>A natureza da atividade do juiz ao “julgar” que o “autor” carece de ação e as ações de direito constitucional e processual</i>	51

<i>III.2.2. A carência de ação após o saneamento do processo e a teoria da asserção.....</i>	<i>54</i>
<i>III.2.3. A carência de ação e a coisa julgada material.....</i>	<i>57</i>
<i>III.2.4. A incondicionalidade da ação: poder abstrato.....</i>	<i>59</i>
III.3. A resolução liminar do mérito e as condições da ação.....	63
<i>III.3.1. O conceito de mérito no processo civil.....</i>	<i>63</i>
<i>III.3.2. As condições da ação e o mérito.....</i>	<i>68</i>
<i>III.3.3. Enfoque sobre a legitimidade ad causam.....</i>	<i>70</i>
<i>III.3.4. Enfoque sobre o legítimo interesse processual de agir.....</i>	<i>72</i>
<i>III.3.5. Enfoque sobre a possibilidade jurídica do pedido.....</i>	<i>74</i>
<i>III.3.6. Extinção do processo sem julgamento do mérito, condições da ação e a resolução liminar do mérito.....</i>	<i>76</i>
IV – CONCLUSÕES.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	85

I. INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta um estudo dúplice. Em um primeiro momento, foca-se no instituto da resolução liminar do mérito, que consiste na possibilidade de o juiz proferir sentença de mérito antes da citação do réu. Busca-se demonstrar o benefício proporcionado a um sistema ineficiente e, muitas vezes, caótico, pela possibilidade de se julgar processos cujo fim é conhecido ao simplesmente ler a petição inicial.

Em seguida, analisa-se a clássica figura das condições da ação, emanção da teoria eclética que foi integralmente adotada pelo nosso direito positivo. Esta abordagem conjunta explica-se pelo estreito vínculo existente entre os institutos, o que é negado pelos defensores daquelas, mas dificilmente resiste a uma crítica mais incisiva, principalmente quando relacionadas ao conceito de mérito.

Importante ressaltar que, devido à natureza e propósitos de um trabalho de conclusão de curso, todo o estudo desenvolvido limita-se ao processo de conhecimento em primeiro grau. Optou-se, desse modo, por não tratar de aspectos de inegável relevância, mas não comportados por essa monografia, envolvendo recursos, processos de execução e cautelar e, principalmente, processos coletivos.

II. RESOLUÇÃO LIMINAR DO MÉRITO

II.1. Fundamentos da resolução liminar do mérito.

Todo processo de conhecimento tem como objeto o julgamento de algo que é apresentado ao juiz: trata-se do mérito do processo, aquilo que deve ser julgado por uma sentença definitiva.¹

Antes do julgamento, contudo, o juiz deve conhecer e valorar fatos e argumentos que as partes lhe apresentam nas diversas fases do processo. Logicamente anterior ao julgamento², é através dessa *cognição* judicial³ que o juiz formará seu convencimento acerca da existência ou não do direito pleiteado. Como explica Cândido Dinamarco, a cognição compõe o quadrinômio “demanda, defesa, cognição e sentença”, expressão do processo de conhecimento.⁴

O julgamento do mérito, em regra, pressupõe a existência de prévio contraditório e ampla defesa. Depois de proposta a demanda o réu é citado e lhe é aberta a oportunidade de contestar os fatos, argumentos e pedidos apresentados pelo autor. Às partes é facultado provar o que alegaram⁵ e, então, o juiz julga a pretensão do autor.

Há, no entanto, situações em que o juiz julga o mérito do processo sem que o réu se manifeste previamente (*inaudita altera pars*), suprimindo a defesa e realizando a cognição apenas com base no que foi alegado pelo demandante. Tais situações vêm sendo denominadas de “resolução liminar do mérito”, “indeferimento *prima facie*” ou “julgamento antecipadíssimo da lide” (do mérito).

A última reforma do Código de Processo Civil inseriu duas novas hipóteses de resolução liminar do mérito, que se juntam a outras já existentes em nosso ordenamento, como, por exemplo, a prevista no art. 17, §8º, da Lei 8.429/92 e o reconhecimento de ofício da decadência.

¹ Sobre o conceito de mérito do processo, vide abaixo III.3.1.

² “Julgar é optar. É adotar uma posição crítica em face de valores ou pretensões divergentes. (...) Dois fatores diferenciam os julgamentos feitos no processo jurisdicional, a saber: a) a imperatividade consistente em sua imposição a outros sujeitos; b) o escopo de *pacificar* pessoas ou grupos em conflito, que é inerente à função jurisdicional”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2005. p. 30.

³ De acordo com a definição de Kazuo Watanabe, cognição judicial é um: “ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar (...) as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo”. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2000. p. 58-59.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2005. p. 30.

⁵ Em verdade, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu incumbe provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor – art. 333, do Código de Processo Civil.

A Lei 11.280/06 inseriu o §5º ao art. 219 do CPC, o qual, conjugado com o art. 269, IV, do mesmo diploma, autoriza o pronunciamento da prescrição antes da contestação do réu, implicando uma resolução liminar do mérito. A Lei 11.277/2006, por outro lado, foi responsável pelo dispositivo 285-A, que autoriza o julgamento de improcedência quando no mesmo juízo já houver sido julgado caso idêntico e a matéria for unicamente de direito – é o julgamento liminar de causas repetitivas.

Um dos fundamentos da resolução liminar do mérito reside na morosidade do processo e na necessidade de se garantir aos jurisdicionados um processo efetivo, como será visto nos pontos seguintes.

II.1.1. Celeridade processual, efetividade do processo e busca da verdade: uma ponderação necessária.

Um processo justo⁶ é, necessariamente, um processo efetivo, no qual as partes podem participar concretamente na formação da convicção do juiz. Se não for efetivo, o processo não está a cumprir seu escopo principal: pacificação social com justiça.

Bedaque define processo efetivo como “aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.⁷

Sendo assim, um processo efetivo deve ser célere, o que não significa ser, simplesmente, rápido. Ser célere significa que o processo deve acabar tempestivamente, permitindo que a tutela jurisdicional tenha utilidade e validade para seus destinatários. Significa que o processo não demorará mais que o necessário para que o juiz possa formar seu convencimento e decidir.

A dilação indevida de um processo implica uma decisão injusta, pois sem efetividade. Se o Estado retirou das pessoas o direito à autotutela, então tem que fazer da jurisdição algo eficiente a quem dela se serve, permitindo que aquele que

⁶ Não obstante o conceito de justiça seja relativo, tratando-se quiçá de uma utopia, utiliza-se a expressão “processo justo” no sentido de processo em que todos os ditames legais são respeitados e o Estado reconhece e efetiva o direito daquele que o possui.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 49. Segundo Marinoni, o conceito de processo efetivo (ou prestação jurisdicional efetiva) engloba três direitos: direito à técnica processual adequada; direito de participar por meio do procedimento adequado; e direito à resposta do juiz. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 2004. p. 185.

tem direito receba tudo aquilo a que tem direito⁸, em prazo que impeça que a tutela visada perca a utilidade.⁹

Levando isso em consideração, inseriu-se na Constituição Federal, através da EC 45/2004, o inciso LXXVIII ao artigo 5º, que dispõe o seguinte: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Entretanto, cada processo tem um tempo próprio, cada causa tem um tempo de maturação a ser respeitado. Processo rápido não é sinônimo de processo justo. Há processos simples, cuja solução pode ser dada em pouquíssimo tempo. Por outro lado, a complexidade do objeto de conhecimento do processo pode obrigá-lo a se desenrolar por um maior lapso temporal. Não há como evitar isso. Muitas vezes a solução imediata a uma pretensão não será a que mais se aproxima do justo. Às partes deve ser dada a possibilidade de influenciar no convencimento do juiz. E isso exige tempo.

Se o processo não respeitar os preceitos mínimos do devido processo legal, então a prestação jurisdicional resultante estará ainda mais deturpada do que a prestação atrasada.¹⁰ De nada adianta tutelar o direito de uma das partes assim que pleiteado se ela não tiver esse direito.

Perceba-se, portanto, que a celeridade não é o único princípio do processo, nem o mais importante.¹¹ Antes de tudo, o demandante que se sujeita ao poder jurisdicional espera receber tudo a que tiver direito; e o demandado espera não ter um direito legítimo indevidamente violado.¹²

⁸ “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma, 1930. v. I, p. 110. Apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*, 2006.

⁹ Ana Flávia MESSA apresentou, em proposta bastante original, dez mandamentos para assegurar o ideal de um processo célere, dos quais os mais importantes são: I) evitar formalismos excessivos; II) preservar garantias formais funcionais e coerentes; III) melhorar o aparelhamento das instituições estatais, principalmente as ligadas à Justiça; IV) atender aos anseios reais dos cidadãos em geral, no sentido de garantir o resultado desejado, ou seja, resguardar o direito material; V) simplificar a rotina processual; VI) atingir um resultado útil e congruente com o mínimo de dispêndio de tempo e energias. MESSA, Ana Flávia. *Algumas considerações sobre a busca do processo efetivo no contexto das reformas processuais civis*, 2007. p. 48.

¹⁰ “Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. (...) A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 49.

¹¹ Acertada a assertiva de Bedaque, portanto: “A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a idéia de devido processo legal, não a única”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 49.

¹² É comum, contudo, que ambas as partes acreditem estar certas e, muitas vezes, a existência do direito pleiteado dependerá do ponto de vista, da subjetividade daquele que julga. Daí a dificuldade de se definir o justo. Vencerá o processo aquele que contar a sua versão dos fatos da melhor maneira, de modo a influenciar

Não há dúvidas de que aquele que tem razão prefere receber uma sentença favorável atrasada a receber uma sentença rápida, mas desfavorável e, portanto, muito mais injusta.

Contudo, como foi dito anteriormente, o processo deve acabar. Ele não pode se prolongar indefinidamente em busca de uma verdade real.¹³ Não existe verdade real e muito menos será ela alcançada em um processo.¹⁴

Conforme as palavras de Dinamarco:

*“o máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (...).”*¹⁵

Deve haver, destarte, ponderação. Exige-se do juiz bom senso, permitindo às partes que participem do processo quando necessário, produzindo as provas que desejarem produzir, alegando o que puderem alegar, mas sempre com um objetivo: tentar convencê-lo de que têm razão.¹⁶

Sintetiza perfeitamente Ana Flávia Messa:

“É necessário compatibilizar a celeridade com o respeito constitucional e com a qualidade nos julgamentos, através da conciliação da descoberta dos reais

mais fortemente o espírito do juiz. Sempre que necessário deve ser dada às partes, por isso, a oportunidade de participar do processo.

¹³ A busca da verdade relaciona-se ao escopo jurídico do processo, enquanto o escopo social está ligado à pacificação. Para Cândido Dinamarco, o escopo social vem antes do escopo jurídico e, para ser eficiente, deve ser célere. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2005. p. 286) Acreditamos, por outro lado, que ambos os escopos estão em um mesmo plano. *De nada adianta pacificar, se não for com justiça.*

¹⁴ “A verdade real é algo inatingível; não deixa de ter um caráter místico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é idéia antitética”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, 2007. p. 21.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2005. p. 390.

¹⁶ “Os estudiosos do direito processual, em especial do direito processual civil, sempre buscaram um processo que atendesse a duas necessidades fundamentais da sociedade: certeza e estabilidade das relações jurídicas, de um lado, que por sua vez requerem uma decisão o quanto antes possível; e, de outro lado, que os litígios sejam decididos da forma mais justa que a contingência humana posa alcançar. Numa palavra: um processo rápido e uma sentença justa. Esses dois ideais, no entanto, apresentam-se antagônicos: quanto mais oportunidades forem concedidas às partes para apresentarem suas razões e provas, mais possível será a obtenção de uma sentença justa; isto, todavia, desatende à necessidade de que o processo se desenvolva com a maior rapidez possível”. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A Preclusão no Direito Processual Civil*, 1991. p. 12-13.

*empecilhos e entraves causadores da morosidade com a ponderação no trato das demandas. Celeridade não pode ser confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização”.*¹⁷

É por isso que não se deve permitir que o processo seja indevidamente dilatado, principalmente quando a demora deriva de uma falsa proteção ao contraditório¹⁸ ou a qualquer outro princípio invocado.

Se não há mais nada a ser realizado no processo, então o juiz deverá formar o seu convencimento e decidir.¹⁹ Para chegar a esse momento é que houve atos processuais anteriores.

Acrescente-se, ainda, que não se pode criar desenfreadamente ferramentas processuais de maneira a prolongar processos que já deveriam ter acabado. Processo é instrumento, não fim em si mesmo. Ele existe para que haja prestação jurisdicional.²⁰

II.1.2. Instrumentalidade e efetividade do processo.

Calmon de Passos, ainda que em artigo bastante crítico à idéia de instrumentalidade do processo, acertadamente afirmou que o produto é condicionado pelo processo que o produziu e que, por isso, este deve ser

¹⁷ MESSA, Ana Flávia. *Algumas considerações sobre a busca do processo efetivo no contexto das reformas processuais civis*, 2007. p. 47.

¹⁸ O princípio do contraditório é constantemente invocado para justificar procedimentos intermináveis e normas desnecessárias, que só fazem distanciar a prestação jurisdicional de seus destinatários. Assim como os demais princípios, o contraditório deve ser ponderado e admitido quando necessário, respeitando-se o seu conteúdo indispensável.

¹⁹ Note-se que indeferir requerimento de produção de provas não é, necessariamente, cerceamento de defesa. A prova deve estar relacionada a fato determinado, relevante, pertinente e controverso. Não se produz provas de fatos indeterminados. O fato deve, obrigatoriamente, ser relevante e pertinente, o que significa dizer que o fato deve dizer respeito ao que se discute no processo (ao objeto de conhecimento do juiz) e deve servir para influenciar, formar, concretamente, a opinião do juiz. Não se produz provas de fatos que nada acrescentarão ao processo. A exigência da controvérsia, contudo, é relativa, tendo em vista que o juiz pode (e deve) mandar produzir provas quando não estiver totalmente convencido da veracidade de um determinado fato, ainda que incontroverso.

Sendo assim, o magistrado não pode se omitir na função de conduzir o processo e evitar que as partes abusem de seus direitos. Produzir prova de fato impertinente ou irrelevante não é exercício de direito relacionado à ampla defesa ou ao contraditório; muito pelo contrário: a produção de tais provas implica abuso do processo e da condição de parte processual.

²⁰ “A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. *Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo*”. (grifo nosso) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 2006. p. 50.

rigorosamente disciplinado.²¹ No entanto, essa relação deve se submeter ao condicionamento do processo pelo produto.

Tudo o que se faz em um processo, seja ele de que natureza for, faz-se visando a um fim. Se uma linha de produção de uma fábrica tem um procedimento rigoroso, é para produzir um melhor produto. Mas se algo puder ser simplificado nessa produção, de modo a produzir o mesmo produto, mas de maneira mais rápida e eficiente, então tal modificação deverá ser realizada. É aí que reside a essência da instrumentalidade: procura-se atingir um processo que observe todas as garantias das partes, mas de forma mais simples e efetiva.

A instrumentalidade se apresenta sob dois aspectos distintos: um negativo e um positivo. O aspecto negativo está ligado ao repúdio a um processo como fim em si mesmo e ao apego a normas desnecessárias, formalistas e burocráticas. O aspecto positivo tem como objetivo conseguir, com o processo, a máxima efetividade da tutela alcançada: diz respeito à efetividade do processo.²²

Não se visa, como visto, a um procedimento simples por si só, que não atenda aos parâmetros mínimos do devido processo legal. Busca-se descomplicar aquilo que não precisa ser complicado.²³ Tenta-se alcançar o mesmo fim de maneira mais objetiva. O produto é condicionado pelo processo, mas é um equívoco imaginar que um processo mais complexo produzirá frutos melhores. O objetivo, sempre, consiste em alcançar os melhores frutos através do processo mais eficiente.

É por isso que se mostra necessária a já afirmada ponderação entre celeridade e os outros princípios do devido processo legal. E é ao juiz que compete equilibrar esses valores, produzindo um processo limpo, objetivo e que possibilite a ambas as partes a plena participação, sempre que necessário.

II.1.3. A crise da efetividade e a resolução liminar do mérito.

²¹ CALMON DE PASSOS, J. J. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*, 2001. p. 55 e ss.

²² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2005. p. 324 e ss.

²³ “A técnica está a serviço da eficiência do instrumento, assim como este está a serviço dos objetivos traçados pelo homem e todo o sistema deve estar a serviço deste. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2005. p. 274. No mesmo sentido, José Roberto Bedaque explica que “o formalismo não é em si um mal. O problema está nos exageros e na despreocupação com a finalidade pretendida pelo legislador, ao estabelecer requisitos para regularidade do processo e forma para os atos processuais”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 28.

Nas últimas duas décadas houve uma grande promoção da Justiça, com novas medidas a torná-la mais acessível.²⁴ O Estado incitou a população a lhe apresentar suas pretensões, mas pouco fez pela estrutura e modernização do Poder Judiciário. Não lhe foi dada condição, incluindo aí uma estrutura mínima, para que atendesse de maneira satisfatória a essa nova massa de processos instaurados por pessoas que, aos poucos, descobriam a Justiça.

Mas não foi só isso. Transformações na sociedade alteraram profundamente as relações jurídicas, que ao mesmo tempo em que se multiplicaram, também se tornaram mais complexas. Para muitas dessas novas relações não está preparado o nosso Código de Processo Civil.²⁵

Um dos exemplos mais importantes foi o aumento do consumo e a conseqüente criação de contratos de adesão, que fizeram crescer de forma exponencial o número de processos existentes em nossos fóruns e tribunais.

Por fim, deve-se ter em mente que durante diversas décadas do século XX o Brasil estivera preso a regimes ditatoriais que retiraram do Judiciário o seu papel de tutor da sociedade. Com a redemocratização do país, muito mais litígios passaram a ser confiados para a solução jurisdicional.²⁶

Tudo isso deu origem a uma realidade processual preocupante. Processos parados, recursos esperando há anos para serem julgados, pautas de audiência absolutamente saturadas, falta de funcionários e condições precárias de trabalho dos juízes são apenas alguns dos problemas enfrentados pela Justiça brasileira.

De acordo com dados trazidos por Fernando Gajardoni, de 1988 a 1998 o número de novos processos aumentou quase 25 vezes (2500%), passando de 350 mil para mais de 8,5 milhões de novos processos. O mesmo autor faz um comparativo com o crescimento populacional no país, que chegou a 11,33% no mesmo período e com o crescimento do Judiciário, que pouco mais que dobrou o

²⁴ “O aumento excessivo do número de demandas decorre, paradoxalmente, da adoção de técnicas destinadas a facilitar o acesso à Justiça àqueles que necessitam da tutela jurisdicional”. Idem. p. 47.

²⁵ “Com efeito, a legislação processual nacional ainda é inadequada para solucionar os novos conflitos surgidos a partir de 1988, conflitos esses cada vez mais complexos e multilaterais. Nosso processo, concebido como instrumento formal e único de solução de controvérsias individuais, por um órgão jurisdicional exclusivamente estatal, ainda não consegue responder efetivamente aos reclames do direito coletivo e corporativo, nem tampouco solucionar adequadamente os pequenos conflitos”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*, 2003. p. 32.

²⁶ “De uns 20 anos para cá, entretanto, a situação social e política do país se alterou bastante. A reabertura democrática, aliada à promulgação da Constituição Federal de 1988, internacionalmente reconhecida como garantista, trouxeram à tona a conflituosidade sufocada pelo regime anterior, principalmente diante do arcabouço de direitos e garantias contempladas pela Carta constitucional”. Idem. p. 37.

número de juízes (200%). Desse modo, pode-se constatar que, em média, um juiz recebeu, em 1998, 10 vezes mais processos do que outro juiz recebera dez anos antes.²⁷

Há que se ressaltar, contudo, que esse panorama não é exclusivo do Brasil, pois diversos outros países estão enfrentando problemas relacionados à morosidade do Judiciário. Apenas para citar alguns exemplos, entre 1991 e 1997 um processo na Itália tinha duração média de 4 anos. A Inglaterra viu-se obrigada a romper com a tradição da *common law* e adotar um Código de Processo Civil em razão do descontentamento popular com a demora da Justiça. No Japão, antes de 1998, um processo poderia demorar mais de dez anos até ser julgado pela Corte Suprema.²⁸ Como explica Bedaque, “até em países da *common law* busca-se a simplificação da técnica, visando a conferir maior celeridade ao procedimento”.²⁹

Sendo assim, fica fácil de entender o motivo pelo qual há quase quinze anos o Processo Civil brasileiro vem sofrendo sucessivas modificações, muitas delas justificadas pela inobservância do princípio da celeridade processual e pela necessidade de um processo mais efetivo.

As hipóteses de resolução liminar do mérito buscam acelerar o processo em casos que acabarão, de uma forma ou de outra, com sentença de improcedência. O processo deve acabar e não pode ficar sujeito a prolongações desnecessárias.

Ao se analisar esses institutos, deve-se ter em mente o que foi dito a respeito da ponderação entre celeridade e a busca da verdade. Os casos de resolução liminar do mérito somente serão admitidos, repita-se, quando a sentença for de improcedência do pedido, pois não se pode negar ao réu o seu direito de defesa.

Como já foi dito anteriormente, tanto o réu como o autor devem participar do processo sempre que necessário para formar o convencimento do juiz, rejeitando-se manifestações de cunho unicamente protelatório. O objetivo de todo processo de conhecimento é julgar o mérito; a sentença terminativa é exceção. Por esse motivo, o indeferimento *prima facie* parece-nos totalmente albergado pela nova sistemática processual.

²⁷ Cf. Idem. p. 27.

²⁸ Cf. Idem. p. 42-43.

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 75.

II.2. Algumas hipóteses de resolução liminar do mérito.

II.2.1. Improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

De acordo com o artigo 17, § 8º, da Lei 8.429/92:

“Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita”.

Ou seja, se o juiz ficar convencido de que não houve ato de improbidade pelo agente público ou que a demanda é improcedente, poderá rejeitá-la de plano.³⁰

No entanto, segundo o art. 17, § 7º, da mesma lei, proposta a demanda o juiz mandará *notificar* os demandados para que apresentem defesa prévia; somente depois de tais atos é que se autoriza a “rejeição da ação”. Trata-se, portanto, de hipótese ainda tímida de indeferimento *prima facie*, na medida em que o juiz apenas julgará o mérito do processo depois de realizada a defesa prévia pelos demandados.

Em outras palavras, o art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92, não apresenta um julgamento liminar do mérito puro, já que o julgamento ocorre após manifestação de todas as partes.

De qualquer forma, considerando que a lei foi promulgada no ano de 1992, pode-se dizer que se tratou de um respeitável avanço legislativo, autorizando-se os juízes a indeferirem a “ação” antes da citação e da contestação dos demandados.

Rompe-se, desse modo, com a tramitação regular prevista no Código de Processo Civil, protegendo os agentes públicos de demandas e processos sem o menor embasamento fático ou jurídico e garantindo celeridade aos processos.

II.2.2. Decadência legal.

Um dos princípios mais importantes de uma sociedade inserida em um Estado de Direito é a segurança jurídica, que tem as mais diversas implicações tanto no âmbito privado do direito, como no público.³¹

³⁰ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipadíssimo da Lide*, 2007. p. 159.

³¹ “O exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente. Deve ser exercido pelo titular dentro de determinado prazo. Isto não ocorrendo, perderá o titular a prerrogativa de fazer valer o seu direito. O tempo exerce, como já assentamos nesta obra, influência abrangente no Direito, em todos os campos, no direito público e no privado”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*, 2007. p. 521.

Tanto a decadência como a prescrição têm amplo amparo neste princípio, pois a existência de direitos e os seus respectivos exercícios não podem perdurar indefinidamente no tempo.³²

O papel da decadência é fazer com que direitos, basicamente potestativos, deixem de existir depois de determinado tempo.

Ao contrário da prescrição, a decadência atinge o próprio direito, que caduca e, com isso, deixa de existir. Por esse motivo, o prazo decadencial é chamado de extintivo. A prescrição ataca o exercício do direito – pretensão de direito material –, que continua a existir.³³

A sentença que julga improcedente a pretensão do autor em razão da decadência legal³⁴ do direito que a fundamenta é uma sentença de mérito, expressamente prevista em lei (art. 269, IV, do CPC).³⁵

Dinamarco afirma que tal sentença é uma falsa sentença de mérito, pois a decadência não atingiria o direito, mas a ação. O autor critica a distinção apresentada acima porque, segundo ele, a concepção de que a decadência ataca o direito vem de um entendimento equivocado da *actio* romana, segundo o qual ela não se trataria de ação realmente, mas de direito em movimento. Sendo assim, é a prescrição que ataca o direito e não a decadência.³⁶

Segundo Dinamarco, porque a decadência diz respeito ao processo e não ao direito material, sempre foi tida como um instituto de direito público, motivo pelo qual pode ser conhecida de ofício pelo juiz. No entanto, o direito material provocou uma confusão de conceitos.

De qualquer forma, seguindo o disposto pelo nosso ordenamento, deve-se entender que o primeiro retira a possibilidade de se conseguir a efetivação do direito em juízo, enquanto o segundo extingue o próprio direito potestativo.

Não há motivos, igualmente, para retirar da sentença que declara a decadência a natureza de sentença de mérito. Os efeitos são praticamente os

³² “Se a possibilidade de exercício dos direitos fosse indefinida no tempo, haveria instabilidade social”. Idem. p. 521.

³³ Sobre o tema, cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 1997. p. 505-506.

³⁴ A decadência convencional, isso é, aquela convencionada entre as partes de uma relação jurídica não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, como dispõe o art. 211, do Código Civil.

³⁵ No mandado de segurança a declaração de decadência implica sentença sem resolução do mérito, pois se trata de pressuposto processual (art. 18 da Lei 1.533/51). A “decadência”, nesse caso, diz respeito especificamente “ao direito de manejar a ação de mandado de segurança”, não de exercer o direito – daí a possibilidade de se ajuizar ação ordinária subsequentemente.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2005. p. 258-260.

mesmos de uma sentença de improcedência: o autor não receberá a tutela jurisdicional porque sua pretensão é infundada.³⁷

Como dito, permite-se ao juiz a declaração de ofício da decadência. Isso tem como consequência a possibilidade de se julgar o mérito antes mesmo da citação do réu, já que o juiz poderá declarar a decadência quando do recebimento da petição inicial.

II.2.3. Prescrição.

A declaração de ofício da prescrição, autorizada pela Lei 11.280/06, rompe com longa tradição do ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante as ponderações de Cândido Dinamarco, apresentadas acima, a prescrição sempre foi tida como matéria disponível pelas partes. O juiz nunca pôde conhecer da prescrição sem que o réu, por ser logicamente interessado, alegasse-a através de exceção.

Arruda Alvim se posicionou da seguinte maneira a respeito do tema:

*“Em relação à modificação do §5º do art. 219, parece não haver um genuíno interesse público que explique porque a prescrição deveria deixar de ser objeto de exceção. O interessado na prescrição pode não desejar que essa seja decretada, e, esse desejo deve ser respeitado pelo Direito. Diferentemente se passa com a decadência, reconhecidamente matéria de ordem pública, seja quanto à sua existência, seja quanto à atividade oficiosa do seu reconhecimento. (...) No fundo e em rigor o que se deve ser feito é afastar a aplicação do art. 219, em sua literalidade, ao menos”.*³⁸

Alexandre Freitas Câmara, em artigo extremamente crítico à mudança, alega que a doutrina civilista sempre aprovou a impossibilidade de se reconhecer a

³⁷ No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. afirma que “A decisão que reconhece a decadência ou a prescrição é decisão de mérito semelhante àquela que rejeita o pedido do demandante, porquanto reconheça a impossibilidade de concedê-lo em razão de um fato que encobre a eficácia da pretensão ou extingue o direito potestativo demandado.” *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 514. Segundo Adroaldo Furtado Fabrício, a declaração de decadência “nada tem de particular senão o motivo da desestimação do pedido” quando comparada com o julgamento de improcedência. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 11.

³⁸ ARRUDA ALVIM. *Lei 11.280, de 16 de Fevereiro de 2006 (análise dos arts. 112, 114 e 305, do Código de Processo Civil) (análise do §5º, do art. 219, do Código de Processo Civil)*, 2007. p. 64.

prescrição de ofício. Para o autor, o art. 219, §5º do CPC é inconstitucional, pois fere o princípio da isonomia e invade excessivamente a autonomia da vontade.³⁹

Todavia, não parece que a reforma tenha sido tão prejudicial.

Em primeiro lugar, a sentença que reconhece a prescrição é meramente declaratória. A pretensão já estava prescrita antes da sentença e continuará prescrita depois dela. Isso quer dizer que o reconhecimento da prescrição pelo juiz não tem efeito jurídico considerável senão o de extinguir o processo e impedir a instauração de outro igual.

Em segundo lugar, não há sentido em rejeitar o reconhecimento da prescrição de ofício apenas porque o réu pode-lhe renunciar. A renúncia pode ser feita a qualquer tempo, sendo absolutamente dispensável a existência de um processo para isso. Se o réu não renunciou à prescrição antes do processo e efetuou o pagamento, parece improvável que o fará depois de ser demandado em juízo.

Em terceiro lugar, a idéia de renúncia à prescrição é falha em si mesma. Não há como se renunciar à prescrição, já que ela atinge a pretensão do autor. Sempre que o devedor paga uma dívida prescrita está reconhecendo o direito do credor; a exigibilidade ou não desse direito é irrelevante nesse momento. Ou seja, não se renuncia à prescrição, mas se reconhece e se efetiva um direito existente que não pode ser exigido em juízo.

Em quarto lugar, ainda que o juiz declare prescrita a pretensão do direito do autor, o réu poderá adimplir a obrigação da mesma forma. Ou seja, a autonomia da vontade permanece intacta.

Em quinto lugar, se o autor não pode exigir do Estado o reconhecimento e efetivação de seu direito, então não parece razoável que a prescrição dependa de arguição pelo demandado.

Em último lugar e mais importante, o processo é público e deve ser encarado com seriedade. Se o réu resolveu adimplir a obrigação prescrita, então não se justifica a movimentação da máquina jurisdicional; basta ele realizar o adimplemento a qualquer momento. Caso contrário, então é melhor que o processo

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Reconhecimento de Ofício da Prescrição: uma reforma descabeçada e inócua*. In *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed. Org. Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 389-399.

seja extinto logo de uma vez, evitando a prática de atos processuais desnecessários.

Assim como a decadência legal, a prescrição pode ser pronunciada pelo juiz antes da citação do réu, o que caracteriza um julgamento liminar do mérito (art. 269, IV).

Trata-se de verdadeira sentença de mérito, tendo em vista que a pretensão do demandante, por ter como fundamento um direito cuja efetivação não pode ser pleiteada judicialmente, é reputada ilegítima.

II.3. Resolução Liminar de Causas Repetitivas.

II.3.1. O art. 285-A do CPC.

Introduzido pela Lei 11.277/2006, o art. 285-A, do Código de Processo Civil, dispõe o seguinte:

Art. 285-A. "Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada".

São três os requisitos para que esse dispositivo possa ser aplicado: outros casos idênticos já devem ter sido julgados no juízo, o objeto de conhecimento do processo deve ser exclusivamente de direito e o julgamento deve ser de total improcedência.

Primeiramente cumpre definir o que significa a existência de casos idênticos. Como se sabe, o ordenamento impõe que novos processos idênticos a outros já julgados sejam extintos sem resolução do mérito. Em verdade, a simples existência de dois processos idênticos implica a extinção do que foi instaurado posteriormente. Aquele fenômeno corresponde ao instituto da coisa julgada e esse ao da litispendência (ambos regulados pelo art. 267, V, do CPC).

A menção a casos idênticos não conduz à configuração da hipótese de coisa julgada ou litispendência; casos idênticos, para os fins legais, não significam processos idênticos, nem demandas idênticas.

O que o Código quer dizer com casos idênticos é que o objeto de conhecimento do processo será o mesmo tanto no processo em curso, como no processo que já foi julgado.⁴⁰ Em outras palavras, são casos em que o juiz deverá conhecer das mesmas questões de mérito e, provavelmente, julgar pedidos iguais.

A demanda proposta por José, habitante do Município Y, para pedir a declaração de inconstitucionalidade de determinado tributo, cobrado por aquele Município, terá a mesma causa de pedir e pedido que a de João, seu vizinho, que propôs demanda com o mesmo intuito. O objeto de conhecimento do processo é o mesmo em ambos os casos, mas as partes são diferentes. Trata-se de demandas conexas entre si (conexidade utilizada, aqui, no sentido de haver identidade em, ao menos, um dos elementos da demanda), mas não idênticas.

Os casos paradigmas também devem ter sido julgados pelo mesmo juízo que deseja aproveitá-los. Juízo é o mesmo que órgão jurisdicional. Cândido Dinamarco ensina que “Em primeiro grau jurisdicional são juízos da Justiça Federal e das Justiças locais cada uma de suas varas. Nos graus superiores, cada tribunal é um juízo”.⁴¹

Sendo assim, o juiz de cada vara cível, bem como de cada vara federal poderá utilizar os casos já julgados naquela vara, mesmo que por outro juiz e assim por diante.

Entretanto, há muita controvérsia a respeito da interpretação do termo juízo. Muitos são os que defendem que o caso paradigma poderá ter sido julgado por um órgão jurisdicional superior. Isso quer dizer que um juiz estadual poderia aproveitar um acórdão do Tribunal de Justiça para julgar liminarmente a pretensão do demandante.

⁴⁰ No mesmo sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni: “A expressão *casos idênticos* deve ser interpretada, por isso, como sendo casos semelhantes, isto é, que tenham os mesmos fundamentos de fato e de direito (causa de pedir), ainda que o pedido seja diverso”. *O Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipadíssimo da Lide*, 2007. p. 165.

Ensina Maria Lúcia L. C. de Medeiros: “O termo idêntico no art. 285-A, não foi utilizado nesse sentido (demandas idênticas), mas sim no sentido de ser intentada uma ação que não é absolutamente igual à outra [a ponto de gerar litispendência ou coisa julgada], nem é tão só semelhante à outra [em que algumas causas de pedir são comuns e outras não, mas ação que guarda com a outra total identidade de causa de pedir [de fato e de direito] e pedido”. *Considerações sobre o deferimento, a emenda e o indeferimento liminar da petição inicial, e o que as leis 11.277/2006 e 11.280/2006 introduziram de novidade quanto ao tema*, 2006. p. 140.

Segundo Ulysses Maynard Salgado, “O que se pretende aqui é que, no caso novo, haja a repetição da questão, da controvérsia, da tese jurídica já discutida no caso padrão, capaz de ensejar a mesma resposta judicial de improcedência proferida em outros processos (...)” *Art. 285-A do CPC: julgamento antecipadíssimo da lide ou julgamento liminar de improcedência do pedido*, 2007. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10233](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10233)>. Acesso em 16 de janeiro de 2008.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 385.

Essa não é a melhor interpretação. Inicialmente, cumpre constatar que a redação do art. 285-A é específica ao limitar o aproveitamento de casos já julgados pelo *juízo*. Não há nenhuma abertura legal para que sejam aproveitados casos de instâncias superiores.⁴² Ademais, o conteúdo da decisão deve ser reproduzido, o que supõe terem as decisões a mesma natureza. Não parece razoável que um juiz profira uma sentença que consista em reprodução de um acórdão.

Outro requisito é que a matéria controvertida seja exclusivamente de direito.⁴³ Isso é o mesmo que dizer que as questões de mérito devem ser exclusivamente de direito.

Não se aplica o art. 285-A quando houver controvérsia a respeito de fatos, o que implicaria produção de provas. Se houver necessidade de se produzir provas, então é absolutamente vedada a resolução do mérito do processo sem citação do réu e posterior fase de instrução.

Questões de mérito exclusivamente de direito são aquelas que concernem à interpretação e aplicação do direito. Não se diverge a respeito dos fatos, eles são certos e incontroversos; diverge-se apenas a respeito da aplicação e interpretação do direito àquela circunstância fática. O problema, em outras palavras, não está no que ocorreu, mas na subsunção dos fatos ocorridos ao ordenamento jurídico.

Utilizando o mesmo exemplo dado logo acima, o Município Y não questiona a cobrança dos tributos. Trata-se de fato incontroverso, não há nenhuma prova a ser produzida. O que está em jogo é a constitucionalidade dessa cobrança. José e João afirmam ser inconstitucional e o Município diz ser constitucional. Cabe ao juiz escolher uma das teses jurídicas e decidir.

O julgamento, tanto do processo em questão, como do caso paradigma, deve ser de total improcedência. É inadmissível, em qualquer hipótese, que o juiz

⁴² O mesmo vale para a utilização de súmulas, como alerta Marinoni: “Note-se que o art. 285-A alude apenas às sentenças de “improcedência” tomadas em casos idênticos pelo juízo de primeiro grau. Isto quer dizer que não há referência expressa à possibilidade de se proferir decisão com base em súmula do tribunal - estadual ou de tribunal regional federal -, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e Julgamento Liminar*. Disponível em www.professormarinoni.com.br, consultado em 18.07.2008, às 16h47.

Em sentido contrário, cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipadíssimo da Lide*, 2007. p. 166-167.

⁴³ “Obviamente que isto somente é possível quando a matéria controvertida for unicamente de direito. Isto porque, envolvendo questão de fato, as particularidades do caso concreto poderão importar soluções diferentes, de modo que a conclusão lançada em um processo pode não servir para o outro”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, 2008. p. 101.

julgue a demanda do autor, ainda que parcialmente procedente, sem que ao réu seja dada chance de defesa.

O julgamento liminar de procedência, mesmo que de parte quase irrisória da demanda, constitui grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A diferença do julgamento liminar do mérito de causas repetitivas está no fato de que o juiz sempre negará a satisfação da pretensão do autor, tutelando, como consequência, o direito do réu. Sendo assim, e desde que não haja qualquer prejuízo ao demandado, o contraditório e a ampla defesa são irrelevantes, já que em nada influenciarão o convencimento do juiz.

Há, ainda, um ato formal que não consta na lei, mas parece de grande utilidade e sua observância não provocaria nenhum tipo de dano a nenhuma das partes. Trata-se da comunicação ao réu da sentença de improcedência.

Ainda que o demandado não tenha sido citado, houve um processo movido contra ele, cuja sentença de improcedência lhe é favorável. A comunicação da sentença, além de garantir a ampla publicidade dos atos processuais, garantiria ao demandado conhecimento do processo, o que seria muito importante caso o demandante voltasse a propor a mesma demanda contra ele.

II.3.2. Aplicação do art. 285-A quando há diversidade de argumentos trazidos pelo autor.

Discutem-se os limites da identidade existente entre o novo caso e o caso paradigma. Pode o juiz utilizar um determinado caso como paradigma para outro em que o autor trouxe um número muito maior de fundamentos jurídicos?⁴⁴

Depende. Na fundamentação cabe ao juiz apresentar, de maneira clara e completa, os motivos pelos quais chegou a determinada conclusão.⁴⁵ Mas isso não significa que o juiz tem o dever de se manifestar acerca de tudo o que foi apresentado pelas partes, principalmente quando os argumentos forem irrelevantes para a apreciação da causa.⁴⁶

⁴⁴ Calha diferenciar, rapidamente, fundamentos jurídicos de fundamentos legais. Enquanto o primeiro está relacionado à categoria jurídica a que se enquadram os fatos, o segundo consiste nos dispositivos legais que autorizam a tutela jurisdicional (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 2005. p. 359 e ss.). Das partes exige-se apenas a apresentação dos fundamentos legais, cabendo ao juiz conhecer o direito (*Jura novit curia*).

⁴⁵ Ensinam Marinoni e Arenhart que “a função da motivação não é de justificar *uma escolha*, mas sim a de demonstrar *porque foi feita uma determinada escolha*”. *Processo de Conhecimento*, 2008. p. 475.

⁴⁶ “A partir do momento em que o julgador encontra fundamentos fáticos e jurídicos com espeque nos quais lança seu posicionamento, dizendo o direito no caso concreto, não lhe é exigido se manifeste sobre todas as

Isso não quer dizer que o juiz pode simplesmente se omitir a respeito de tudo o que alegou uma das partes e decidir levando em conta os argumentos da outra. Como explica Cândido Dinamarco:

*“não se toleram, contudo, omissões quanto ao essencial, sendo nula a sentença que deixe de se pronunciar sobre pontos que, se tivessem sido levados em consideração, poderiam ter conduzido o juiz a decidir de modo diferente”.*⁴⁷

Desse modo, a utilização de casos paradigmas em que a sentença não engloba todos os argumentos das partes deve ser analisada conforme o caso concreto. Se os argumentos omitidos forem irrelevantes, então o caso paradigma poderá ser aproveitado; caso contrário, o juiz terá que citar o réu e julgar antecipadamente o processo, proferindo nova sentença.

II.3.3. O art. 285-A e a observância à jurisprudência dominante dos tribunais.

Defende-se, também, que o juiz só poderá julgar liminarmente causas repetitivas quando a decisão estiver em consonância com a jurisprudência dominante do tribunal a que estiver vinculado ou de tribunal superior. Tratar-se-ia de um pressuposto implícito.⁴⁸

Como alertam, com total razão, Marinoni e Arenhart, “decidir de forma contrária à súmula apenas obriga à interposição de recurso, consumindo mais tempo e despesa, seja da administração da justiça, seja do próprio cidadão”.⁴⁹ Desse modo, ainda que não sejam obrigados a decidir de acordo com a jurisprudência dominante dos tribunais, os juízes devem evitar ao máximo proferir decisões dissonantes.

alegações deduzidas pelas partes, sendo desnecessária a incursão sobre questões de menor relevância que não interferem no encerro da causa”. (TJPR – 4ª Câmara Cível - AC 0336920-6 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel. Desª Anny Mary Kuss - Unânime - J. 11.07.2006).

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2005. p. 660.

⁴⁸ Segundo Marinoni e Arenhart, “afirmar que o juiz tem o direito de julgar de forma diferente dos tribunais superiores constitui gritante equívoco. (...) Nessa perspectiva, as decisões que afrontam súmulas dos tribunais superiores soam como um lamentável exercício de rebeldia (...). *Processo de Conhecimento*, 2008. p. 97-98.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

Entretanto, isso não significa que o art. 285-A possui um pressuposto implícito, já que sua aplicação não muda a natureza da atividade do magistrado, nem lhe retira a independência funcional.

A possibilidade de julgar liminarmente causas repetitivas não é mais do que um instrumento proporcionado aos juízes. Não se justifica limitar a aplicação desse instrumento à conformidade com a jurisprudência dominante de qualquer tribunal.

Do mesmo modo que é permitido que qualquer juiz, de qualquer comarca ou instância, decida da maneira que reputa mais correta – sempre observando os ditames legais –, mesmo que o entendimento de um tribunal superior seja diferente, não se proíbe a resolução liminar do mérito de causas repetitivas quando a decisão for conflitante com o entendimento de um tribunal. Se este tem outro posicionamento, então cabe ao autor recorrer para que a decisão seja reformada.

Nosso sistema romano-germânico, que em muito se afasta da *common law*, determina que a lei e não a jurisprudência é a fonte primária do direito (arts. 1º, 2º, 3º e 4º da LICC). Se a observância jurisprudencial não foi erigida pelo legislador como pressuposto para a aplicação do art. 285-A, então não cabe à doutrina fazê-lo.⁵⁰

Ademais, como bem observa Vicente de Paula Ataíde Junior, a lei não faz ressalva quanto à utilização de sentenças que transitaram em julgado. Isso quer dizer que o juiz poderá utilizar como sentença paradigma mesmo as que tiverem sido reformadas pelo tribunal.⁵¹

II.3.4. Falta de Citação e os Pressupostos de Existência do Processo.

A principal crítica que se faz ao julgamento liminar do mérito de causas repetitivas é a possibilidade de se proferir sentença de mérito sem a citação do réu. Defendem os críticos que a citação é pressuposto de existência do processo, o qual não pode receber sentença de mérito sem aquela.

Arruda Alvim, que considera a citação um pressuposto de existência do processo, sustenta que:

“Não podemos dizer que já há processo íntegro como relação trilateral, e no sentido prático e real, se não houver citação da parte contrária; afirmação

⁵⁰ Em sentido contrário, Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, alegam que a reiteração da jurisprudência do juízo contrária à fixada nos tribunais superiores, fere os princípios da segurança e da previsibilidade. (*Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*, 2006. p. 66-67).

⁵¹ Cf. ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *A Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 11.277/2006)*, 2006. p. 122.

*diversa seria baseada em conceito estritamente técnico (desligado do Direito positivo brasileiro), e seria válida apenas considerado o processo como relação bilateral entre autor e juiz”.*⁵²

Para Wambier, Almeida e Talamini, “Antes da citação do réu há no processo apenas um esboço inicial da relação jurídica processual que se formará, efetivamente, com esse ato pelo qual ao réu é dada ciência da existência de processo contra si”.⁵³

Djanira Maria Radamés de Sá e Haroldo Pimenta, comentando sobre o art. 285-A do CPC, afirmam que “Pressuposto de existência e de validade do processo impede a ausência de citação a possibilidade de julgamento do mérito”.⁵⁴

No entanto, a citação não é um pressuposto de existência do processo.⁵⁵ Uma coisa é afirmar que a citação termina de formar completamente a relação jurídica processual ou que a torna válida, outra completamente diferente é afirmar que antes da citação não existe processo.

A citação é requisito de validade do processo porque sem ela não se produz eficácia em relação ao réu⁵⁶. Mas não há como negar que existe processo antes do réu ser citado.⁵⁷

Primeiramente, a relação jurídica processual não é triangular⁵⁸, mas é, em essência, uma relação entre autor e Estado que, por interferir na esfera jurídica do demandado, exige que este seja citado e, com isso, promova-se a angulação.

⁵² ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: parte geral*, v. 1, 1997. p. 471.

⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1, 2002. p. 223

⁵⁴ Sá, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. *Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil*, 2006. p. 137.

⁵⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 2007. p. 423.

⁵⁶ “Embora o processo já tenha existência jurídica desde o momento em que proposta a demanda, sem ela e portanto *sem réu na relação processual*, seriam ineficazes todos os atos que se realizassem e os seus efeitos finais. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 509. Igualmente, Fredie Didier Jr.: “Trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 2007. p. 423.

⁵⁷ “A relação pode surgir desde o despacho ou do seu trânsito em julgado (o que depende do chamado ‘efeito’ do recurso admitido), porque a relação pode ser só entre autor e Estado (angularidade não-necessária). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, 1973. p. XXVIII.

⁵⁸ O autor propõe a demanda perante o Estado para que esse preste a tutela jurisdicional. A intromissão na esfera jurídica do réu, em caso de procedência da demanda, é consequência de um ato jurisdicional, não de ato do autor. A defesa do réu também é apresentada ao juiz, não ao autor. Todos os atos processuais são realizados através do juiz, incluindo a suspensão do processo por acordo entre as partes (art. 265, II, do CPC), clássico exemplo dado para sustentar a triangularidade da relação jurídica processual. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 214.).

Precisa também é a lição de Cândido Dinamarco no que diz respeito à lealdade processual: “Os poucos deveres processuais das partes constituem projeção e consequência de sua *sujeição* ao Estado-juiz e correlativa

Essa exigência de angulação diz respeito à produção de efeitos, pelo processo, na esfera jurídica do demandado. Como afirma Pontes de Miranda, trata-se de uma *angularidade não necessária*⁵⁹, já que não se nulifica, por exemplo, o processo em que o réu não foi citado, mas que termina com uma sentença de improcedência.

Ademais, o CPC afirma expressamente que a citação é requisito de validade do processo em seu art. 214: “Para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu”. No art. 262, estabelece que o processo inicia por iniciativa da parte, ou seja, antes da citação.

Acrescente-se que há diversos atos processuais realizados após a propositura da demanda e antes da citação, como o recebimento da petição inicial e o despacho que manda citar o réu. Outros, de maior complexidade, também podem ser citados, como a antecipação da tutela (art. 273, do CPC) através de decisão interlocutória sujeita a recurso e a realização de audiência de justificação (art. 804, do CPC).

Há, ainda, várias hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, do CPC) anteriores à citação do demandado: indeferimento da petição inicial; ausência de requisito processual de validade; desistência da ação pelo demandante etc. Considerando que algo só pode ser extinto depois de existir, há processo antes da citação.

Por outro lado, cumpre ressaltar mais uma vez que o julgamento liminar do mérito de causas repetitivas não é o único caso em que o juiz proferirá sentença de mérito sem que o réu seja citado. O reconhecimento de ofício da decadência legal através de sentença de mérito sempre foi autorizado pelo ordenamento, e aqueles

autoridade exercida por este no processo. Eles são instituídos para a defesa do interesse público no correto e eficiente exercício da jurisdição, *incorrendo em ilícito* aquele que os descumpra. Descumprir imperativos de conduta instituídos em benefício alheio é lesar o titular desse interesse; no caso das partes, descumpri-los é comprometer o correto exercício da jurisdição, que é do interesse geral do Estado”. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 209-210.

A lealdade processual entre as partes, outro exemplo comumente apresentado, nada tem de relação autor-réu, mas está ligada à publicidade do processo.

⁵⁹ “A relação jurídica processual é entre autor e Estado; costuma completar-se, pela angulação (autor, Estado; Estado réu), porém isso não é *necessário* (...)”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, 1973. p. XXVI.

Adroaldo Furtado Fabrício, no mesmo sentido, sustenta que “O processo se forma no momento mesmo em que a petição inicial (até então documento particular de quem o redigiu, não-processualizado ainda, passível de modificação, substituição ou destruição a seu nuto) é comunicada ao juiz ou a algum auxiliar seu, momento a partir do qual adquire a natureza de ato processual, tornando-se veículo de uma relação entre o postulante e o órgão jurisdicional”. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 11.

que consideram a citação um pressuposto de existência nunca se insurgiram contra essa possibilidade.

Por fim, vale transcrever as ponderações que José Roberto dos Santos Bedaque faz a respeito do tema:

*“Afirmar a inexistência do processo porque não realizada a citação é desconsiderar o objetivo desse ato de comunicação processual e os escopos do próprio processo. (...) Não obstante a inegável importância desse ato, não se pode ignorar que o réu é o maior beneficiário dele. As exigências rigorosas quanto à forma da citação visam a atender aos interesses do sujeito passivo, assegurando-lhe a possibilidade de defender-se. Tanto é verdade que o comparecimento espontâneo supre a omissão (CPC, art. 214, §1º). A razão de ser desta regra é uma só: a omissão da formalidade não causa prejuízo aos objetivos desejados pelo legislador ao prevê-la”.*⁶⁰

II.3.5. A Constitucionalidade do Novo Instituto.

O art. 285-A do CPC não é criticado apenas porque dispensa a citação no processo, falso pressuposto de existência. Alega-se que o dispositivo é inconstitucional por diversos outros motivos, tendo sido inclusive proposta contra ele Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 3.695/DF, relator Ministro Cezar Peluso) pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em síntese, a inconstitucionalidade consistir-se-ia, além da criação de sentenças vinculantes, em cinco infrações a mandamentos constitucionais, quais sejam:⁶¹

- a) princípio da isonomia: haveria diferentes tramitações processuais. Alguns seriam mais breves em razão da aplicação do dispositivo, outros teriam tramitação normal. Essa discrepância colocaria os diversos usuários do Judiciário em posição de desigualdade.

De acordo com a petição que deu origem à ADIn, “a diversidade de juízes e varas, o diploma normativo, permite que processos debatendo o mesmo tema, mas distribuídos a diferentes magistrados, tenham curso normal ou abreviado, conforme tenha sido proferida ou não sentença

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 465-466.

⁶¹ Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipadíssimo da Lide*, 2007. p. 157.

relativa ao mesmo assunto no juízo. Quebra desse modo, o princípio da isonomia”.

- b) segurança jurídica: terceiros teriam seus casos julgados com base em sentença proferida em outro processo, cujos fatos e fundamentos podem ser diferentes e da qual não tomaram conhecimento anteriormente.
- c) direito de ação: o autor, pela falta de citação, seria privado de ver a relação jurídica processual formar-se completamente.
- d) princípio do contraditório: o réu não participaria do processo e o autor não teria como debater sua tese em juízo, demonstrando ao juiz que tem razão.
- e) devido processo legal: violado como um todo, tendo em vista o desrespeito às demais normas processuais.

Algumas observações devem ser feitas.

Aceitando o primeiro argumento, de que o dispositivo violaria o princípio da isonomia, seria necessário promover uma reforma estrutural em nosso Código de Processo para que todos os incidentes processuais fossem proibidos.

Se os processos, ainda que parecidos, não podem ter ritos diferentes, então há que se proibir intervenções de terceiros, declarações incidentais, suspensões processuais, julgamentos antecipados do mérito etc.

Peguemos como exemplo dois casos de acidente de trânsito, que seguem rito sumário. No primeiro, o autor pede indenização por danos materiais, o réu contesta (apresenta resposta, nos termos do art. 278, do CPC), não há provas a serem produzidas e o juiz julga antecipadamente o mérito do processo. No segundo, o autor também pede indenização por danos materiais, mas o réu não só contesta como também denuncia a lide à sua seguradora e formula pedido contraposto, pois alega que o autor foi o culpado pelo acidente. Há produção de prova pericial e testemunhal.

Parece pacífico que não há violação ao princípio da isonomia porque o autor do segundo processo terá uma tramitação diversa da do primeiro. E por que a resolução liminar do mérito em um processo criaria desigualdade com relação a um julgamento antecipado do mérito? Afinal, por se tratar de questões exclusivamente de direito, o juiz tem o dever de julgar antecipadamente o mérito do processo caso não houver precedentes no juízo que o autorizem a aplicar o art. 285-A.

O princípio da isonomia não pode ser banalizado de modo a se exigir que todo processo seja exatamente igual ao outro. Ferir a isonomia é autorizar produção de provas por uma parte e negar à outra ou proferir decisões absolutamente discrepantes em casos idênticos. Trâmites processuais diferentes por conta de situações da vida diversas não podem ser considerados violações a tal princípio.

Ademais, como bem salientou Cássio Scarpinella Bueno, na condição de *Amicus Curiae* da ADIn acima referida:

“Que a existência de diferentes órgãos jurisdicionais compostos por diferentes magistrados pode significar o proferimento de diferentes decisões judiciais — a bem da verdade: tantas decisões quantos sejam os ocupantes dos “juízos” ou das “varas” — não há qualquer novidade. Tampouco há, nisto, qualquer inconstitucionalidade”.

Também não é violado o princípio da segurança jurídica, que significa “certeza do direito e proibição do arbítrio”.⁶² Desse modo, o julgamento idêntico de casos similares é, ao contrário, uma promoção deste princípio.

Ademais, a publicidade prévia da sentença utilizada como paradigma para o julgamento liminar é irrelevante para qualquer uma das partes. O autor defende uma tese jurídica, que pode ou não ser aceita pelo juiz. Caso o juiz não concorde com a tese do autor, aproveitará sentença de outro processo em que a mesma tese foi defendida para obter os mesmos efeitos. Não há prejuízo à segurança jurídica!⁶³

A problemática referente ao direito de ação é um pouco mais complexa, pois os argumentos a serem apresentados para rechaçá-la variarão de acordo com o conceito de ação adotado.

De qualquer forma, a idéia de que a ação supõe a formação de uma relação jurídica processual completa aparenta incorreção. Se assim o fosse, o direito de

⁶² MESSA, Ana Flávia. *Algumas considerações sobre a busca do processo efetivo no contexto das reformas processuais civis*, 2007. p. 48.

⁶³ Cássio Scarpinella Bueno pondera que “De resto, a alegada ausência de prévia publicidade dos entendimentos de cada magistrado de primeiro grau de jurisdição sobre as mais variadas questões jurídicas é circunstancial. Pode ocorrer, como de fato ocorre, que, dada a altíssima repetição de uma “mesma ação”, sempre entendida a expressão no sentido de “mesma tese jurídica”, ser do conhecimento de todos o entendimento ou os entendimentos de cada um dos magistrados ocupantes dos variados juízos. Isto, vale a pena frisar, mesmo em comarcas ou seções judiciárias de alto movimento forense e constituída de diversas “varas”, das quais fazem parte, muitas vezes, mais de um magistrado”. BUENO, Cássio Scarpinella. Petição elaborada na condição de *Amicus Curiae* na ADIn nº. 3.695/DF. Disponível em:

<http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Textos%20Importantes/Microsoft%20Word%20-%20Amicus%20curiae%20-%20285-A%20-%20IBDP.pdf>. Acessado em 29 de setembro de 2008.

ação seria violado toda vez que o processo fosse extinto, com ou sem julgamento do mérito, antes da citação do réu. E, como vimos, são várias as hipóteses em que isso acontece.⁶⁴

Com relação ao contraditório, os argumentos favoráveis ao dispositivo combatido são ainda mais vigorosos.

Inicialmente, tendo em vista que o contraditório é a garantia de “meios para a participação dos litigantes no processo”⁶⁵ há que se questionar: viola-se o direito ao contraditório de quem ao se aplicar o art. 285-A do CPC?

O contraditório, intimamente ligado à ampla defesa, serve para dar publicidade dos atos processuais às partes e lhes permitir participar do processo de modo a influir no convencimento do juiz. Já foi dito mais de uma vez nesse trabalho que provas de fatos irrelevantes ou impertinentes devem ser indeferidas.

Não se justifica a participação do réu em um processo no qual não há provas a serem produzidas e a tese jurídica a ser defendida já é aceita pelo juiz.⁶⁶ Se isso não é um formalismo excessivo é, no mínimo, uma afronta à instrumentalidade do processo.⁶⁷

Além das despesas materiais do Estado para a realização dos atos processuais desnecessários, há também desperdício de tempo que poderia ser gasto em outros processos, do magistrado, dos funcionários do cartório e do oficial

⁶⁴ Importante é a observação feita por Cássio Scarpinella Bueno, ao rechaçar a idéia do direito de ação como o direito ao provimento judicial: “O direito de ação não pode ser entendido como o direito de obtenção de resultados”. Idem.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 2004. p. 214.

⁶⁶ Nesse mesmo sentido, posiciona-se Cássio Scarpinella Bueno: “Nessa perspectiva, um *prévio contraditório* não tem nada a acrescentar para a formação do convencimento do magistrado. No caso e na medida em que *novos elementos, novos argumentos, novas luzes* sobre aquela *mesma* tese jurídica lhe sejam apresentados — inclusive para fins do exercício do juízo de retratação —, não há por que se duvidar da escoreita observância do princípio do contraditório”. *Ob. cit.*

⁶⁷ “(...) a irrecusabilidade do contraditório se prende ao fato de o processo significar a possibilidade de abalo à situação jurídica do réu. Por essa razão é que ele tem direito de influir na decisão a ser tomada pelo juiz, buscando uma sentença favorável. Essa possibilidade de abalo, no entanto, não acontece no caso do art. 285-A, CPC, pois a sentença será, sempre, de total improcedência, favorável, portanto, ao réu. Já se sabe, de antemão, que, na esfera jurídica do réu, nenhuma alteração haverá”. ATAÍDE JUNIOR. Vicente de Paula. *A Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 11.277/2006)*, 2006. p. 119.

Em sentido contrário, Daniel Mitidiero: “Em linha de conclusão, temos que o art. 285-A, do CPC, está em absoluta dissonância com a dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório, entendido como possibilidade de convencer o órgão jurisdicional da argumentação exposta na inicial. *A Multifuncionalidade do Direito Fundamental ao Contraditório e a Improcedência Liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner*, 2007. p. 109-110.

de justiça. O réu também teria despesas, sendo obrigado a contratar advogado para defender tese jurídica que será, de uma forma ou de outra, acatada pelo juiz.⁶⁸

Há que se rejeitar, igualmente, o entendimento de que o autor teria o seu direito ao contraditório desrespeitado.

A petição inicial é o instrumento pelo qual o autor deve apresentar todos os fundamentos de fato e de direito que justificam a tutela jurisdicional pleiteada. Se a demanda baseia-se exclusivamente em fundamentos de direito com os quais o juiz, antes mesmo da contestação, não concorda, não será depois da defesa do réu que ele se convencerá do oposto.⁶⁹

Por outro lado, pode-se até mesmo afirmar que a aplicação do art. 285-A do CPC não é prejudicial ao autor, cuja presença no processo também gera custos elevadíssimos. Sendo o seu pedido rejeitado antes da citação do réu, o autor terá menos custos com advogados, inclusive estando dispensado o pagamento de honorários de sucumbência, e as custas processuais serão menos elevadas, pois terão sido realizados menos atos processuais.⁷⁰ O autor também poderá apelar desde logo ao Tribunal, ganhando tempo e recebendo uma resposta definitiva à sua demanda mais rapidamente.

Ademais, na medida em que o processo não é do autor, mas do Estado, é interesse da própria sociedade que ele seja encerrado o mais rápido possível.

Como muito bem defendeu Cássio Scarpinella Bueno:

“(...) a nova regra bem realiza, na ordem prática, o modelo constitucional do direito processual civil na medida em que viabiliza, ao magistrado de primeiro grau de jurisdição, rejeitar ações infundadas e que não têm, na sua perspectiva, quaisquer chances de prevalecimento porque apenas repetem argumentos já expostos em oportunidades anteriores e que já foram

⁶⁸ “Para o réu a vantagem também é evidente porque, em princípio não terá que suportar os ônus da citação e da resposta, livrando-se do ataque do autor por ato exclusivo da jurisdição. Não terá que contratar advogado (e se se tratar da Fazenda Pública, será menos carga de trabalho para os procuradores). Caso haja citação para responder à apelação do autor, haverá a produção de apenas uma peça (as contra-razões) e não de duas (contestação e contra-razões). ATAÍDE JUNIOR. Vicente de Paula. *A Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 11.277/2006)*, 2006. p. 119.

⁶⁹ “Assim sendo, não há como deixar de verificar que o art. 285-A permite que o autor exerça amplamente o contraditório no exato sentido que a ele dá a petição inicial”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Ob. cit.*

⁷⁰ “Note-se que a medida é vantajosa para o autor, porque, sem citação do réu, a sentença de improcedência não o condenará a pagar honorários advocatícios de sucumbência. Assim, além de acelerar o deslinde do feito, a nova medida ainda barateia a prestação jurisdicional”. ATAÍDE JUNIOR. Vicente de Paula. *A Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 11.277/2006)*, 2006. p. 119.

suficientemente rejeitados. Isto, evidentemente, sem que haja qualquer agressão aos princípios constitucionais do processo civil.”⁷¹

Sendo assim, parece-nos que não há inconstitucionalidade no art. 285-A, que tem como escopo acelerar a prestação jurisdicional de processos que, caso não fossem julgados liminarmente, acabariam invariavelmente com idêntico resultado de improcedência. O dispositivo ainda traz benefícios às partes, reduzindo os custos do processo.

II.3.6. Profundidade da cognição e o art. 285-A.

Afirma-se que a sentença que julga liminarmente causas repetitivas não poderia transitar em julgado porque fundada em cognição sumária.⁷² Tal entendimento, parece-nos, está equivocado.

A cognição é dividida em dois planos: vertical e horizontal.

Pelo plano horizontal, verifica-se o que pode fazer parte do objeto de conhecimento do juiz. Quando o juiz puder conhecer de todas as questões e pontos contidos nos autos, então o conhecimento será horizontalmente pleno. Quando o juiz, a exemplo do que ocorre no processo de execução, não puder conhecer de certos pontos ou questões, ainda que presentes nos autos, então o conhecimento será horizontalmente limitado.

Com relação ao plano vertical de cognição, podemos dividi-lo em exauriente ou sumário.

A cognição sumária é uma cognição superficial, geralmente permitida quando houver receio de que a demora da tutela jurisdicional poderá causar dano irreparável ou de difícil reparação ou um direito correr risco de lesão. Kazuo Watanabe, apoiando-se nas lições de Calamandrei, explica que a cognição sumária implica um juízo de probabilidade e verossimilhança.⁷³

A cognição profunda, por outro lado, é aquela que “comporta indagações tão profundas que sejam capazes de eliminar toda possível dúvida e incutir certeza

⁷¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Ob cit.*

⁷² Cf., por todos, SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. *Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil*, 2006. p. 136-148.

⁷³ Cf. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2000. p. 125-128. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr.: “A cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias”. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, 2007. p. 274.

no espírito do juiz”.⁷⁴ A regra no ordenamento brasileiro é que, no processo de conhecimento, a sentença que produz coisa julgada material deve ser proferida após cognição exauriente: “a cognição das decisões definitivas”.⁷⁵

Cumprе salientar que independe o momento, ou fase do processo, em que é proferida a decisão para que o juiz o faça através de cognição sumária ou exauriente. O que realmente distingue as duas formas de cognição vertical é o fato de que aquela se funda em um juízo de verossimilhança e probabilidade, enquanto esta implica um juízo de “certeza”. Por isso que a decisão proferida com base em cognição exauriente pode vir a se tornar imutável e a com base em cognição sumária não.

Sendo assim, é incorreto, como dito, sustentar que a sentença proferida antes da citação do réu está fundada em cognição sumária.

Ao julgar *prima facie* causas repetitivas, o juiz conhece profundamente as questões – unicamente de direito – e, por ter convicção já formada sobre aquilo, tendo inclusive decidido de determinada maneira, julga rapidamente o processo. Tal sentença tem como alicerce uma “certeza” de que a pretensão do autor é ilegítima.

A existência ou não de contestação do réu é indiferente para se determinar qual é a natureza desse juízo, afinal o juiz pode julgar antecipadamente o mérito do processo quando ocorrer a revelia (art. 330, II, do CPC). E nesse caso não haverá contestação, sendo o conhecimento das questões feito exclusivamente a partir do que alega o demandante.

O mesmo ocorre no julgamento de causas repetitivas. Não há dúvidas a respeito dos fatos, bastando ao juiz decidir sobre a matéria de direito. E o que alegou o autor é suficiente para que o juiz forme seu juízo e decida com base na certeza e não na probabilidade.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2005. p. 37.

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, 2007. p. 273.

III. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A RESOLUÇÃO LIMINAR DO MÉRITO

III.1. A evolução do conceito de ação.

III.1.1. A Teoria Civilista da Ação e a polêmica entre Windscheid e Muther.

A primeira das teorias da ação foi concebida em um período chamado de *monista*, pois o direito, como ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, era visto em um único “plano, que abrangia tanto o Direito material quanto o processual”.⁷⁶

Essa teoria recebeu o nome de Teoria Civilista ou Imanentista, tendo em vista que a ação estava ligada ao próprio direito material – era imanente a ele. Havendo direito, haveria ação; na ausência do direito, a ação também não existiria.

Direito e ação constituíam o mesmo fenômeno, quase não havendo distinção entre eles. De acordo com Arruda Alvim, “A teoria clássica acerca da natureza jurídica da ação identificava-a com o direito material; uma e outro eram a *mesma realidade*, apenas apresentados sob *formas diversas*”.⁷⁷

Para Savigny, um dos mais conhecidos adeptos desta teoria, a ação se tratava de uma forma especial adquirida pelo direito subjetivo. Essa forma caracterizava o momento em que o direito estaria pronto para a guerra – “*le droit casqué et armé en guerre*”.⁷⁸ Em outras palavras, o direito possuía dois aspectos: o primeiro estático e o segundo dinâmico, sendo este observado quando o direito estático era posto em movimento.⁷⁹ Essa dinamicidade era entendida, por Puchta e outros doutrinadores alemães, como um acessório ao direito material que permitia protegê-lo em caso de violação.⁸⁰

A teoria immanentista fora recebida pelo Código Civil de 1916, que em seu art. 75 dispôs que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.⁸¹

⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*, 2004. p. 666.

⁷⁷ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, 2001. p. 395.

⁷⁸ “E também porque a ação seria o próprio direito, em atitude de combate ou armado para a guerra, ela partilharia da mesma natureza e teria o mesmo objeto que cada um dos direitos que visa a assegurar”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2005. p. 322.

Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação*, 2002. p. 439.

⁷⁹ Explica Marinoni que para Savigny, “o direito de ação era um direito resultante da ‘transformação’ pela qual o direito material passaria após ter sido lesado. Daí o motivo pelo qual propôs o conceito de ‘metamorfose’ para ilustrar tal situação”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2006. p. 159.

⁸⁰ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*, 2004. p. 667.

⁸¹ Nesse sentido, Dinamarco: “Ligado a essa arcaica concepção era o art. 75 do Código Civil de 1916 (...). DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 321. Para Ovídio Baptista, a redação do dispositivo estava tecnicamente correta, pois o Código Civil tratava da ação de direito material. Cf. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*, 2006. p. 30.

Em seu longo tempo de vigência, provavelmente a imanentista foi a única das teorias da ação que conseguiu atingir certa unanimidade. Advinda dos tempos romanos, passou a ser contestada apenas no século XIX, com o célebre embate entre Windscheid e Muther.⁸²

A polêmica começou, em resumo, com trabalho publicado por Windscheid, em 1856, no qual se defendeu a idéia de que no Direito Romano a ação era o próprio direito. Não se dizia, para ele, ter direito, mas sim, ter a *actio*, sinônimo do que os autores de seu tempo denominavam direito. Foi por esse motivo que Windscheid criticou a figura da *Klagerecht*⁸³, que para ele era simples invenção dos juristas e não possuía respaldo científico.

Muther, em dura resposta ao trabalho de Windscheid, afirmou que a *actio* romana era, em verdade, o direito à fórmula do pretor, existente quando a pessoa tivesse o direito ‘material’. Para ele, aquele que buscava a fórmula deveria ter um direito subjetivo que legitimasse a sua concessão.

De acordo com o pensamento do autor, portanto, havia dois direitos: um dirigido contra a outra parte e outro dirigido contra o Estado (em Roma, contra o pretor). Esse direito contra o Estado era a *actio*, cuja existência dependia do direito contra a outra parte.

Como esclarece Marinoni, Muther entendia a ordenação romana como uma ordenação de direitos, enquanto para Windscheid tratava-se de uma ordenação de pretensões.⁸⁴

A construção de Muther não foi totalmente aceita por Windscheid, mas abriu espaço para o desenvolvimento científico do processo ao demonstrar a existência de mais de um tipo de direito no ordenamento jurídico.

III.1.2. A Teoria da Ação Autônoma e Concreta.

As duas principais teorias que seguiram a civilista foram as que defendiam a autonomia da ação em face do direito material.⁸⁵

⁸² Sobre o tema, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2006. p. 159-162.

⁸³ Explica Marinoni que essa *Klagerecht* era, na Alemanha, o mesmo que direito de ação, voltado contra o Estado. Diferenciava-se da *actio* romana, voltada contra a outra parte. Cf. Idem. p. 159.

⁸⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2006. p. 160.

⁸⁵ Observe-se que, embora Wach tenha criticado a teoria abstrata e inaugurado a teoria concretista apenas em 1886, quase dez anos depois de Degenkolb escrever sobre o tema e seis anos depois de Plösz publicar seu trabalho na Alemanha (escrito em 1876), seguiremos a opção feita por praticamente toda a doutrina que trata do tema, abordando a teoria concretista antes da abstrata, por ter aquela maior semelhança com a teoria imanentista.

Para a teoria concretista, iniciada com a crítica formulada por Adolf Wach ao pensamento de que haveria um direito de agir abstrato, o que importava era a pretensão à tutela jurídica. Essa pretensão desdobrava-se em dois elementos: o primeiro implicava uma pretensão voltada contra o Estado, enquanto o segundo era a pretensão voltada contra o adversário.⁸⁶

Wach utilizou a ação declaratória para demonstrar que, nela, não havia direito material insatisfeito, mas somente um interesse na declaração. Sendo assim, o direito material não era pressuposto para a existência da ação, o que significa que a ação era autônoma.

Entretanto, ainda segundo o autor, só se podia falar em tutela jurídica quando houvesse sentença favorável. E aqui é que está o elemento caracterizador da teoria concretista. A ação existe quando o autor tiver razão.

Além de Adolf Wach, provavelmente tenha sido Giuseppe Chiovenda o principal defensor da teoria concretista. Entretanto, o autor traz uma inovação de grande importância.

Chiovenda retira da ação a natureza de direito subjetivo e conceitua-a como um direito potestativo. Segundo ele, quando Wach demonstrou a autonomia da ação com relação ao direito material, “a categoria dos direitos potestativos era ainda quase ignorada pela doutrina”.⁸⁷

O autor italiano adotava uma concepção clássica de direito subjetivo, própria da época, eminentemente patrimonial e indissociável da existência de uma prestação por terceiros. Desse modo, enxergar a ação como direito subjetivo implicaria aceitar que o Estado seria devedor do autor, tendo a tutela jurídica natureza obrigacional.⁸⁸

A relação existente entre autor e Estado está ligada a “um meio de obter certos efeitos contra o adversário”.⁸⁹ Assim como Wach, Chiovenda considera que o direito à tutela jurídica é dirigido também contra o adversário, conceituando a ação como “o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei”. Acrescenta, ainda, que se trata de “um poder que nos assiste em face do adversário

⁸⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2006. p. 164-165.

⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 2002. p. 40.

⁸⁸ V. Idem, *ibidem*.

⁸⁹ Idem, *ibidem*.

em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito”.⁹⁰

Chiovenda também adota inteiramente a concepção de Wach sobre a ação no que diz respeito à sua relação com direito material. Ou seja, ação e direito material são coisas absolutamente distintas, mas só há ação quando a sentença for de procedência.

Ao comentar a teoria abstrata, Chiovenda reconhece que todas as pessoas têm “possibilidade material e também jurídica de agir em juízo; mas essa mera possibilidade não é o que sentimos como ação, quando dizemos: ‘Tício tem ação’”.⁹¹

Conclui, então, que “Ação e obrigação são, por consequência, dois direitos subjetivos distintos, que somente *juntos* e *unidos* preenchem plenamente a vontade concreta da lei”.⁹²

III.1.3. A Teoria da Ação Abstrata.

O fundamento principal da teoria abstrata, inaugurada por Plósz e Degenkolb, encontra-se na existência de sentenças desfavoráveis. Como explicar, pela teoria imanentista e, depois, pela teoria concretista, a existência de sentenças que julgam a pretensão do autor improcedente?⁹³

Degenkolb erigiu o direito de ação sobre a “própria personalidade do autor, porque dessa vem a *consciência* ou a convicção subjetiva ao direito, ou mais precisamente a aspiração ao direito, o direito ao direito”, o que faz com que a efetiva existência do direito material seja meramente accidental.⁹⁴

Plósz, não obstante pensasse de maneira semelhante, incluiu no direito de ação a condição de estar o autor de boa-fé. Não havia ação para quem demandasse de má-fé, portanto.

Os dois autores defendiam que havia ação mesmo que o pedido formulado fosse julgado improcedente: para Degenkolb porque bastava a aspiração ao direito, a qual tinha legitimidade pela própria personalidade do autor; para Plósz, importava que o autor agisse de boa-fé.

⁹⁰ Idem. p. 42.

⁹¹ Idem. p. 41.

⁹² Idem. p. 43.

⁹³ Como afirmam os autores franceses Hervé Croze e Christian Morel, “a simples possibilidade de uma decisão de improcedência é suficiente para demonstrar a autonomia da ação”. *Procédure Civile*, 1988. p. 131.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2006. p. 163.

Já no começo do século XX, Lodovico Mortara rejeita a condição estabelecida por Plósz da boa-fé, apresentando como aspecto principal da ação a simples afirmação de um direito.

De acordo com Mortara, o fundamento da ação é um:

“conflito entre dois ou mais sujeitos, os quais afirmam em sentido oposto, e em relação a um mesmo objeto, uma opinião e uma conduta que cada um respectivamente crê ou pretende estar de conformidade com uma norma jurídica e por ela protegido”. “(...) a opinião de agir sob a égide do direito subjetivo é uma manifestação, verbal ou escrita, ou de mero fato, que pode não corresponder a um estado genuíno da consciência em relação ao qual não é possível exercer um controle objetivo”.⁹⁵

Aquele que “exercita uma ação civil manifesta uma opinião de possuir um direito (subjetivo) e de ter sofrido tal violação que legitima o exercício de uma ação civil”.⁹⁶ Desse modo, não se pode dizer que aquele que exerce a ação acredita possuir realmente um direito violado.⁹⁷

Ao conceituar a ação, Mortara alerta que o sentido que lhe é comumente atribuído leva em consideração apenas uma parte da relação jurídica processual, que é “a exposição da pretensão ou razão do autor”.⁹⁸ O autor define ação da seguinte forma:

“o direito de provocar o exercício da autoridade jurisdicional do Estado (...) contra as violações que consideramos ocorridas, por qualquer fato alheio, positivo ou negativo, de um direito que nós afirmamos pertencer”.⁹⁹

Em outro trecho de sua obra, Lodovico Mortara resume a ação como “o direito de exigir a intervenção jurisdicional para resolver um conflito”.¹⁰⁰

Percebe-se facilmente a abstratividade do conceito apresentado, já que a ação não depende da existência do direito material, mas simplesmente da alegação de que o autor possui um direito e que esse direito foi violado por alguém.

⁹⁵ MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, v. II, s.d. p. 534-535.

⁹⁶ Idem. p. 534.

⁹⁷ Cf. Idem, ibidem.

⁹⁸ Idem. p. 561.

⁹⁹ Idem, ibidem.

¹⁰⁰ Idem, ibidem.

De acordo com autor italiano, o direito subjetivo existe antes de ser proferida a sentença no processo. A sentença não cria o direito, mas dá “força e efeito a uma pretensão apresentada ao magistrado sob forma de demanda ou de exceção”. Ao efetivar o direito, a sentença definirá desde quando ele existe, de acordo com o caso concreto.¹⁰¹

No entanto, não se pode afirmar que Mortara tenha sido um abstrativista puro. Ainda que afirmasse categoricamente que não era necessário haver direito subjetivo para o exercício da ação, defendia que a ação estava condicionada à demonstração de um interesse: “Para propor uma demanda em juízo ou para contradizê-la, é necessário demonstrar interesse”,¹⁰² que significa “a utilidade final da demanda jurisdicional relativa à afirmação da existência e violação de um direito” para o demandante e “utilidade final da oposição contra aquela demanda” para o demandado.¹⁰³

Ressalte-se que, para Mortara, interesse nada tem a ver com direito. A existência do direito só poderá ser resolvida através da sentença, enquanto a existência do interesse será resolvida incidentalmente no processo.

Outro abstrativista de grande destaque foi o italiano Ugo Rocco. Segundo Rocco, a ação era:

*“o direito de pretender a intervenção do Estado e a prestação da atividade jurisdicional, para o accertamento ou realização coativa dos interesses (materiais ou processuais) tutelados em abstrato pela norma de direito objetivo”*¹⁰⁴

O Estado não teria um direito de jurisdição sobre os cidadãos, mas uma obrigação jurídica de exercitar e prestar a jurisdição.¹⁰⁵ A essa competência estatal, contrapõe-se, para os cidadãos, a exigência ou pretensão perante o Estado para que tenham seus interesses satisfeitos.¹⁰⁶ Todos os cidadãos têm direito de pretender algo e esse direito seria, em verdade, um direito cívico:

¹⁰¹ Idem. p. 547.

¹⁰² Idem. p. 587.

¹⁰³ Idem. p. 588.

¹⁰⁴ ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile: parte generale*. v. I, 1957. p. 259.

¹⁰⁵ Cf. Idem. p. 239.

¹⁰⁶ Cf. Idem. p. 240.

“(...) o direito de ação é um direito público subjetivo do cidadão frente ao Estado, pertencente à categoria dos direitos cívicos, um direito, isto é, à prestação da atividade jurisdicional do Estado ou, em outras palavras, uma relação obrigatória de direito público.

*“Quando se fala em tal direito, reconhecendo-lhe as características mencionadas, se diz normalmente que o direito de ação é um direito abstrato, seja porque, sendo independente do direito substancial, abstrai da razão ou do erro, isto é, da existência ou inexistência do direito afirmado, seja porque, por sua característica geral, ou pelo fato que isso compete a todo possível sujeito de direito ou pessoa, abstrai daqueles que o exercitam (...)”.*¹⁰⁷

Mas, assim como Mortara, Ugo Rocco também relaciona a ação com certas condições, haja vista suas ponderações a respeito do “interesse para agir” e da “legitimação para agir”.¹⁰⁸

Algumas décadas mais tarde, Eduardo Couture desenvolveu sua teoria, verdadeiramente abstrata, na qual a ação é “o poder jurídico que tem todo sujeito de direitos, de procurar os órgãos jurisdicionais para reivindicar a satisfação de uma pretensão”.¹⁰⁹

Segundo o autor, esse poder jurídico é um atributo da personalidade do indivíduo, motivo pelo qual tem um aspecto eminentemente privado.¹¹⁰ Por outro lado, a efetividade desse direito interessa à comunidade, o que lhe confere caráter público.¹¹¹

Ainda de acordo com Couture, a ação deve ser entendida como a faculdade de provocar a atividade jurisdicional: um poder jurídico que tem todo indivíduo de apresentar a um juiz uma pretensão. Essa pretensão pode ser fundada ou infundada¹¹², o que não afeta a natureza do poder jurídico de acionar.¹¹³

¹⁰⁷ Idem. p. 251-252.

¹⁰⁸ V. Idem. p. 318-350.

¹⁰⁹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1993. p. 57.

¹¹⁰ Cf. Idem. p. 57.

¹¹¹ Cf. Idem. p. 58.

¹¹² “La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene esse poder juridico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es um poder juridico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente”. Idem. p. 68.

¹¹³ Cf. Idem. p. 61.

O processualista uruguaio alerta que ação e pretensão não se confundem. A pretensão é a própria reivindicação feita ao Estado¹¹⁴, enquanto a ação diz respeito à possibilidade de se realizar essa reivindicação.

Depois de algumas ponderações, Couture conclui que a ação é uma forma típica do direito de petição, o que faz com que o conceito de ação do autor seja normalmente resumido como “direito de petição”. Entretanto, não só tal locução está muito aquém do significado real de sua teoria, como a ação, segundo ele, por causa da natureza do órgão jurisdicional, das formas processuais impostas pela lei, da eficácia do pronunciamento judicial e da projeção existente no sistema jurídico, apresenta “formas externas bem diferentes das outras formas de direito de petição”.¹¹⁵

Sendo assim, o conceito de ação de Eduardo Couture implica uma forma típica de direito de petição, mas é, sobretudo, um poder jurídico de todo indivíduo de apresentar uma pretensão ao Estado.

III.1.4. A Teoria da Ação de Direito Material.

Pontes de Miranda, seguido por diversos processualistas, dentre eles Ovídio Baptista da Silva¹¹⁶, sustentou que a ação existe em dois planos distintos: há uma ação de direito material e uma ação processual.¹¹⁷

Cada uma dessas ações faz parte de uma estrutura que contém, cada qual, três elementos. Há, primeiramente, um direito subjetivo. Segundo Ovídio Baptista, que rejeita as concepções de direito subjetivo como *facultas agendi* ou subjetivação do direito objetivo, os titulares de um direito têm o “estado de sujeitos de um poder que a ordem jurídica lhes confere”.¹¹⁸ Enquanto status¹¹⁹, o direito subjetivo encontra-se em uma situação estática, é um “estado potencial”, resumindo-se a um estado de titularidade de uma determinada situação vantajosa.¹²⁰ O direito subjetivo ao crédito é, desse modo, um estado de credor.

¹¹⁴ Ou, em suas palavras, “la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva”. Idem. p. 72.

¹¹⁵ Idem. p. 78.

¹¹⁶ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, 2001. p. 75-97.

¹¹⁷ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1. p. 56 e ss.

¹¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*, 2006. p. 16.

¹¹⁹ “(...) o direito subjetivo é um *status*, uma categoria jurídica estática, ao contrário da *ação*, que pode ser esse próprio direito subjetivo em seu *momento dinâmico de realização*”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, 2001. p. 77.

¹²⁰ Cf. Idem, *ibidem*.

Chega um momento, porém, em que esse direito adquire exigibilidade, fenômeno representado pela pretensão de direito material.¹²¹ Tal instituto garante ao titular do direito a *faculdade* de exigí-lo, mais ainda não significa ser a própria exigência, motivo pelo qual se trata de fenômeno estático.¹²² Pode-se citar como exemplo o vencimento da dívida, que permite ao credor exigir a satisfação do crédito, até então impossível.

Exigida a satisfação da obrigação, então se exerce a pretensão, que, segundo Ovídio, normalmente consiste em um ato extraprocessual.

Nada garante, contudo, que a outra parte irá satisfazer a obrigação. Se exercida a pretensão, ainda assim o sujeito passivo da relação jurídica material não cumprir aquilo a que estava obrigado, então o titular do direito poderá “agir para a realização do próprio direito”: e isso é, segundo essa teoria, a ação de direito material.¹²³

Proibida a autotutela, será o Estado quem deverá buscar a satisfação do direito pelo autor. Uma construção parecida é criada para o direito processual. Há um direito subjetivo público “a que o Estado preste a tutela a que ele próprio se obrigou”¹²⁴, uma pretensão processual, que é a exigibilidade desse direito e uma ação processual, que se manifesta pela busca da tutela jurisdicional.

¹²¹ Pontes de Miranda faz questão de distinguir, em crítica implícita a Adolf Wach, a pretensão de direito material e a pretensão à tutela jurídica, derivada do dever do Estado de prestar a tutela jurídica em razão da proibição da autotutela. Diz o autor: “Seria absurdo tentar-se fundir a pretensão que nasce do direito civil ou de outro ramo do direito material e a *pretensão à tutela jurídica*, se bem que o Estado enuncie que a todo titular daquela corresponda a titularidade dessa” (referindo-se ao art. 75 do Código Civil de 1916). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1. p. 207

O autor apresenta, então, três conceitos: “pretensão à tutela jurídica, que é conceito pré-processual, pré-excluída pela falta de interesse de agir, eliminável pela desaparecimento desse interesse”; pretensão processual, que é a “pretensão a que se entregue a prestação prometida”; e a pretensão objeto do pedido, de direito material, que significa o mesmo que mérito do processo, ou *res in iudicium deducta*. Idem. p. 58.

¹²² “(...) existem, no campo do direito material, o direito subjetivo e a pretensão, que é a *faculdade de se poder exigir a satisfação do direito*”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, 2001. p. 79.

¹²³ Conforme as palavras de Ovídio, “Temos, portanto, três fenômenos diferentes: o direito subjetivo, a pretensão de direito material, que são *estados* de que desfruta seu titular, e o exercício dessa faculdade de exigir, que não é mais um estado, mas o desenvolvimento de uma ação por parte do titular da pretensão (...) O exercício da pretensão, pois, ainda não realiza meu direito subjetivo, uma vez que sua satisfação ficará na dependência da ação do obrigado, prestando, cumprindo, satisfazendo a obrigação. O exigir, que é conteúdo da pretensão, não pode prescindir do agir *voluntário do obrigado*, ao passo que a *ação de direito material* – novo conceito de que ainda não tratamos – é uma agir do titular do direito *para sua realização, independentemente da vontade ou do comportamento do obrigado*”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, 2001. p. 80. E o autor arremata: A ação de direito material é o “*agir* – não mais o simples exigir – por meio do qual o titular do direito *realizá-lo-á por seus próprios meios*, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado”. Idem, *ibidem*.

¹²⁴ Idem. p. 86.

Note que para Ovídio Baptista, a função jurisdicional não é o pronunciamento da sentença, mas a “*realização do direito material* que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização”.

Ainda na esteira do pensamento de Ovídio Baptista, há uma duplicação de ações. A ação de direito material, voltada contra o obrigado e a ação processual, voltada contra o Estado, “para que este, por meio do Juiz, pratique a ação cuja realização privada, pelo titular do direito, o próprio Estado proibiu”.¹²⁵

Do mesmo modo que a ação de direito material não se confunde com o direito, a ação processual também não se confunde com o direito abstrato de acesso aos Tribunais¹²⁶: “ação não é direito, insista-se mais uma vez: *é exercício de um direito público subjetivo de tutela jurídica*”.¹²⁷

Ao contrário dos concretistas, Ovídio Baptista não vincula a ação processual a uma ação de direito material. O direito de ação processual existe a todos, “tanto para a proteção de um interesse legítimo quanto para a simples averiguação de que tal interesse na verdade era inexistente ou era ilegítimo”.¹²⁸ De acordo com o autor, o Estado apenas saberá quem é digno de tutela, se permitir que todos tenham seus pedidos apreciados, satisfazendo a “‘pretensão de tutela jurídica’ ainda nos casos de rejeição do pedido, quando simplesmente declara que o autor não tem razão ou não tem ação”.¹²⁹

Ao rebater críticas de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, um dos mais ferrenhos opositores da teoria, Ovídio Baptista relaciona seu conceito de ação de direito material com a concepção de direito subjetivo de August Thon.

Para Thon, o direito subjetivo só surge quando violada a norma, hipótese em que o sujeito tutelado poderá defender o seu interesse, também tutelado pela ordem jurídica.¹³⁰ Conforme essa sistemática, o direito subjetivo seria uma “faculdade de iniciativa” autorizada pelo direito ao sujeito “para, em caso de transgressão da norma, realizar o que fora por ela originariamente determinado”.¹³¹

¹²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*, 2006. p. 21.

Confira-se, a lição de Pontes de Miranda: “Quando cobro, amigavelmente, ou dou ao banco para cobrar, ou digo que tenho, ou ver ter ação contra alguém, essa ação é a actio romana, que ainda está em nós e existirá em nós enquanto o direito, a cuja concepção ela corresponde, existir”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, 1973. p. XXIV).

¹²⁶ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*, 2006. p. 23.

¹²⁷ Idem. p. 14.

¹²⁸ Idem. p. 27.

Igualmente, Pontes de Miranda: “Da demanda é que surge o dever concreto de resolver; o de dar sentença favorável é dependente de ser fundada (‘procedente’) a ação” (de direito material). (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, 1973. p. XXIV-XXV).

¹²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*, 2006. p. 27.

¹³⁰ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Material e Processo*, 2006. p. 60.

¹³¹ Idem. p. 61.

Ovídio Baptista explica que esse conceito de direito subjetivo equivale à ação de direito material, já que “Definir o direito pela respectiva ‘ação’ é substituir a norma por sua consequência”.¹³²

Entretanto, malgrado a complexidade e riqueza da construção teórica acima apresentada, parece que a idéia de ação de direito material é dispensável ao sistema.

O problema da teoria inicia-se na concepção de direito subjetivo adotada. Ovídio Baptista tem razão ao afirmar que o direito subjetivo existe, de maneira estática, mesmo quando não exercido. Mas equivoca-se ao afirmar que o estado gerado pelo direito e o direito são a mesma coisa.

Em primeiro lugar, há um problema lógico. O próprio autor se refere a direito ao crédito, direito à propriedade. Se substituirmos os termos, teremos então status ao crédito, status à propriedade. E status ao crédito não significa coisa alguma.

Ou seja, o direito subjetivo não se liga ao estado da pessoa, mas ao bem ou interesse a que se refere. É o direito que atribui o estado à pessoa, *quando* atribui. São inúmeros os exemplos em que o direito deriva de uma posição jurídica, como os do estado de filiação – nome, tratamento e fama –, ou os direitos derivados da personalidade.

Ao criticar a noção de direito subjetivo como subjetivação do direito objetivo, Ovídio Baptista sustenta que este é muito mais vasto que aquele.¹³³ Não há dúvidas disso, mas tal argumento não serve para rejeitar aquela afirmação.

Nem toda norma refere-se a direitos subjetivos, pois o direito objetivo cria um vasto rol de categorias jurídicas. Mas quando prevê direitos e o fato concreto se subsume àquela hipótese abstratamente prevista, então o direito se subjetiva. Ou seja, o direito objetivo dispõe que o mutuante tem direito a receber a mesma quantidade, qualidade e gênero do que emprestou (art. 586, do CC). Esse direito se concretiza com o empréstimo da coisa fungível, fato que, enquadrando-se no que está abstratamente previsto no Código Civil, gera o direito subjetivo ao mutuante.¹³⁴

¹³² Idem, *ibidem*.

¹³³ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*, 2006. p. 16.

¹³⁴ Nesse sentido é a lição de Hugo de Brito Machado: “(...) direito subjetivo é tão-somente o efeito de incidência da norma, ou de algumas normas, sobre um ou sobre vários fatos. Diz-se subjetivo porque é sempre vinculado a alguém, que é o seu titular. (...) Tem um sujeito e deve ser visto em função de um sujeito”. (*Introdução ao Estudo do Direito*, 2004. p. 28).

Ihering, que entendia ser direito subjetivo o interesse juridicamente protegido, também afirmara que “O direito, no sentido subjetivo, é a transfusão da regra abstrata no direito concreto da pessoa interessada”. (IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*, 2007. p. 4.)

O que caracteriza o direito subjetivo, contudo, não é essa inegável subsunção do fato à norma. Todo direito subjetivo consiste em uma proteção do Estado, através do ordenamento jurídico, ao vínculo existente entre o sujeito e um interesse, normalmente representado por um bem.¹³⁵ Para que a proteção seja respeitada e o direito tenha efetividade, o Estado prevê sanções à sua violação, o que diferencia a norma jurídica das demais normas.¹³⁶

Mas há mais um problema referente à conceituação de direito subjetivo como status. Toda a teoria, bem como os exemplos apresentados, orbitam em torno de direitos subjetivos patrimoniais. Não há referência – e nem seria possível – aos direitos subjetivos extrapatrimoniais, como os direitos da personalidade e os fundamentais individuais.¹³⁷ Todos esses direitos derivam da condição de pessoa e não o contrário.

Do mesmo modo, os direitos eminentemente processuais, como o direito ao contraditório, ao duplo grau de jurisdição, à ampla defesa, à prova, também derivam de uma condição previamente estabelecida, que é a de parte processual.

Mas os problemas da teoria não acabam aí.

O próprio Ovídio Baptista reconhece que a ação (de direito material) é um poder raramente facultado ao titular do direito, sem que esse seja obrigado a recorrer à via processual.¹³⁸ E essa conclusão é natural, já que o autor também reconhece que a ação de direito material é a de longa data proibida autotutela.

Com isso, há que se questionar o seguinte: se a ação de direito material foi proibida pelo ordenamento – que chega a considerar crime o exercício arbitrário das

¹³⁵ Paulo Mota Pinto, ao abordar os direitos da personalidade, afirmou que tais direitos são tutelas de bens ou interesses da personalidade. Ou seja, direitos são tutelas, proteções. PINTO, Paulo Mota. *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, 1993. p. 482.

¹³⁶ Precisa é a lição de Paul Roubier: “as regras jurídicas, bem como as situações jurídicas, beneficiam-se do suporte do poder público, que lhes concede, principalmente pela via das autoridades judiciárias, sua sanção”. *Droits Subjectifs e Situations Juridiques*, 1963. p. 2.

¹³⁷ Os direitos subjetivos podem ser tanto patrimoniais como extrapatrimoniais. No atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica não há mais como negar a natureza de direitos subjetivos aos direitos da personalidade, como pode ser facilmente percebido na incisiva lição de Orlando Gomes: “radicalizaram-se essas tentativas iconoclastas na veemente negação dos substanciais direitos subjetivos de *personalidade*, provocando a reação que, na sua consagração legislativa, encontra plena satisfação. Favoreceu-a a terrível ameaça que pesa sobre a individualidade física, intelectual e moral do homem em consequência de conquistas científicas e técnicas que permitem até a própria desintegração da personalidade”. *Introdução ao Direito Civil*, 1997. p. 149. No mesmo sentido, Aparecida Amarante acrescenta que as posições que negaram a natureza de direito subjetivo aos direitos da personalidade não apresentaram argumentos sólidos. Para ela, não importa a teoria que se adote, deve-se aceitá-los como direitos subjetivos. Cf. AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*, 2005. p. 111. Cf., ainda, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003; e NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, v. 1. 2007.

¹³⁸ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*, 2006. p. 20.

próprias razões (art. 345, do Código Penal) –, então como podemos afirmar que todo direito tem uma ação a ele imanente?

Saliente-se que não se critica a ligação desta teoria com as idéias de Savigny. Considerando as premissas adotadas pela teoria da ação de direito material, é totalmente aceitável que a ação só exista quando existir direito. O grande problema é que o Estado proibiu o exercício do direito, com exceção de algumas raras hipóteses, como a legítima defesa, o desforço imediato da posse etc.

Ademais, não vislumbramos qual seria a ação de direito material própria do direito ao crédito. O exercício de tal direito consiste em tomar à força o valor devido do devedor? Obrigá-lo a simplesmente reconhecer que esse direito existe? Igualmente, agora utilizando um direito extrapatrimonial, não há como imaginar qual seria a ação de direito material do consumidor derivada do direito à informação. Afinal, não há apenas uma forma de exercer um direito, ainda mais quando se trata de direitos extrapatrimoniais.

Há, por outro lado, que se questionar qual seria a solução dada para os casos em que não se discutem direitos materiais, mas processuais. É o exemplo clássico da ação rescisória.

Diz Fábio Gomes que, nessas situações, os direitos processuais devem ser tratados como pertinentes ao direito material.¹³⁹ Ovídio Baptista chega a afirmar que as regras processuais se “*transformam*” em direito material da causa.¹⁴⁰

Não há nada que impeça que uma pretensão seja fundada em um direito processual, mas afirmar que esse direito tenha que se *transformar* em material parece se tratar de tentativa frustrada de responder crítica sem resposta.

A teoria da ação de direito material também sustenta que a ação processual substitui a ação de direito material.

Ainda que aceite a ação de direito material nos termos apresentados por seus defensores, isso não é verdade. E o exemplo relativo à tutela declaratória é suficiente para confirmar nosso posicionamento.¹⁴¹

A declaração do Estado é uma atividade própria e exclusiva dele. Se João pretende a declaração de usucapião de um imóvel, a qual tem como fundamento o art. 1.241 do Código Civil, a sua “ação processual” não substitui *nenhuma* ação de

¹³⁹ Cf. SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*, 2002. p. 120.

¹⁴⁰ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*, 2006. p. 18.

¹⁴¹ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O problema da eficácia da sentença*, 2003. p. 442.

direito material. Em primeiro lugar porque não há, propriamente dito, sujeitos passivos de quem exigir o que quer que seja, pois é modalidade originária de aquisição da propriedade. Em segundo lugar porque *ninguém* poderia substituir o Estado nessa atividade declaratória.

Como alerta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o juiz não age materialmente: apenas desempenha “os atos de seu ofício, mediante o exercício dos poderes que lhe são conferidos por regras de direito público, totalmente distintas das regras de direito privado”.¹⁴² Em outro trabalho, o autor defendeu que “a ação só pode ser pensada como um poder dirigido contra o Estado, pois só esse pode garantir a tutela jurisdicional dos direitos e determinar os pressupostos pelos quais deve ela ser autorizada”.¹⁴³

Isso quer dizer que o juiz, ao satisfazer uma pretensão, não está substituindo o titular da ação de direito material. O juiz apresenta o Estado, exercendo uma atividade própria deste, garantindo o respeito às normas jurídicas, bem como aos direitos dos cidadãos, efetivando-os e pacificando a sociedade através da jurisdição.

A teoria da ação de direito material também parte do pressuposto de que é a ação de direito material que define a tutela a ser recebida.¹⁴⁴ Ou seja, seria a ação de direito material do direito de usucapião que definiria a declaratividade da tutela Estatal. Do mesmo modo, sem a ação de direito material não seria possível haver procedimentos especiais. Em outras palavras, os procedimentos especiais não poderiam ser explicados pelas teorias que atribuem feição exclusivamente processual à ação.

Ambas as afirmações podem ser afastadas. Mesmo que aceite a ação de direito material, seria sua mera afirmação que definiria a tutela e o procedimento, já que antes da sentença não há como saber se a ação realmente existe ou não. Ou seja, caso o juiz ao final julgue “inexistente” a ação de direito material, como é que se instaurou o procedimento adequado?

Os ritos procedimentais diferenciados dizem respeito à pretensão do autor, que define qual é a tutela pleiteada e com qual fundamento. Se o autor demanda a declaração de usucapião, então o rito apropriado será o do art. 941 e seguintes do

¹⁴² Idem. p. 443.

¹⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*, 2004. p. 674.

¹⁴⁴ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Material e Processo*, 2006. p. 70-74.

CPC, tendo ou não uma pretensão legítima. É óbvio que essa pretensão versa sobre fatos e direitos materiais, mas tem natureza processual, pois é dirigida ao Estado para que ele a satisfaça.

Eduardo Couture, meio século atrás já afirmara, com razão, ser desnecessário um terceiro poder chamado de ação de direito material, existente entre o direito material e o direito processual.¹⁴⁵ Como explica o uruguaio:

“Todo sujeito de direito tem, como tal, junto com seus direitos que chamamos, por comodidade de expressão, materiais ou substanciais (por exemplo, a propriedade), seu poder jurídico de buscar a jurisdição”.¹⁴⁶

Se o Estado proibiu a autotutela e abriu a via jurisdicional, então da insatisfação da pretensão de direito material (ou exigência de satisfação do direito) parte-se diretamente à ação processual (demanda)¹⁴⁷, sendo dispensável a figura da ação de direito material.

III.1.5. A Teoria Eclética.

Enrico Tullio Liebman, no século XX, cria a teoria eclética, integralmente adotada pelo Código de Processo Civil.

Para Liebman, a ação era um ônus, “um ato necessário para que aquele que espera obter a proteção de seu direito dê início a um procedimento”.¹⁴⁸ Além de ônus, é também um direito de provocar a jurisdição, “visando a obter do juiz a

¹⁴⁵ “No creemos que quede, dentro de la estructura del derecho, luego de haber distinguido entre el derecho material y el derecho procesal de acción, sitio para un tercer derecho que no sería otra cosa que la acción puesta en ejercicio.

“Un tercer poder juridico intermedio, entre el derecho material y el derecho procesal, ya sea que se incluya en el primero, ya sea que se incluya en el segundo, constituye un innecesario desdoblamiento”. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1993. p. 74.

¹⁴⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1993. p. 73.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira defende ser desnecessária a introdução da ação material como um desdobramento da ação processual. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*, in *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, n. 34. Curitiba: Gênesis, 2004. p. 676.

Segundo Bedaque, “Embora respeitável e fundada em sólidos argumentos, dispensável à compreensão dessa categoria processual (ação) a construção sobre ação de direito material, com todas as suas consequências. A sofisticada elaboração doutrinária acaba por contaminar a idéia de ação por elementos da situação de direito substancial, tornando extremamente complexo algo muito simples, sem qualquer resultado prático” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 233.

¹⁴⁷ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O problema da eficácia da sentença*, 2003. p. 442.

Com o mesmo sentido: “mostra-se inadequado continuar a pensar as relações entre direito material e o processo em termos de ação de direito material, conceito que só tinha razão quando ainda não estava suficientemente maduro o arcabouço dos direitos fundamentais e a constitucionalização que se seguiu”. *Efetividade e tutela jurisdicional*, 2004. p. 666.

¹⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 1984. p. 145.

proteção de um interesse próprio ameaçado ou violado, ou a satisfação de um interesse próprio que se afirma insatisfeito.¹⁴⁹

Segundo o autor:

*“só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor o seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam os seus pedidos aos tribunais, aos quais incumbirá a tarefa de examiná-los e de acolhê-los ou rejeitá-los, conforme sejam procedentes ou improcedentes”.*¹⁵⁰

Percebe-se a feição abstrativista da teoria do italiano, que dá a todos, independentemente da existência do direito material, a possibilidade de apresentar sua demanda ao Estado.

No entanto, Liebman também se aproxima dos concretistas ao apresentar condições à existência da ação. Em um primeiro momento, o autor afirma existirem três condições: legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. Posteriormente, insere a possibilidade jurídica do pedido no interesse processual e deixa apenas duas condições para a ação.

A ação só pode existir se presentes as suas condições, sendo, por isso, imperativo que o juiz conheça de sua existência para, então, apreciar o mérito. As condições da ação são, de acordo com Liebman, “condições de admissibilidade do julgamento do pedido”, ou “condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta”.¹⁵¹

A primeira das condições, a legitimidade *ad causam*, é a titularidade da ação.¹⁵² Como explica o autor, a legitimidade “é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva”.¹⁵³ E Cândido Dinamarco acrescenta: “Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte

¹⁴⁹ Idem. p. 146.

¹⁵⁰ Idem. p. 147.

¹⁵¹ Idem. p. 154.

¹⁵² Legittimazione ad agire (legitimitatio ad causam) è la titolarità (attiva e passiva) dell'azione. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile: principi*, 2002. Pág. 145.

¹⁵³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 1984. p. 157.

legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima”.¹⁵⁴

O legítimo interesse processual de agir, por outro lado, é “a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”.¹⁵⁵

Segundo Liebman, o interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse a obter o provimento demandado. Trata-se de um interesse processual, secundário e instrumental em relação ao interesse substancial primário e tem por objeto o provimento que se demanda ao magistrado como meio para obter a satisfação do interesse primário.¹⁵⁶

Dinamarco diz que o interesse processual constitui o núcleo fundamental do direito de ação e que só aquele cujo provimento lhe possua alguma utilidade pode exigir do Estado o provimento pedido. O objeto do interesse de agir, para o autor, é a tutela jurisdicional e não o bem da vida pleiteado.¹⁵⁷

De acordo com o interesse processual, apenas pode demandar aquele cujo provimento do pedido satisfaça. Desse modo, o autor que demanda adimplemento de prestação cujo devedor está disposto a cumprir não possui interesse processual. Igualmente não possui interesse processual o autor que demanda em juízo a devolução de objeto locado que já se encontra em sua posse.

Por fim, há a possibilidade jurídica do pedido que, como dito, foi excluída da teoria de Liebman da posição de condição da ação para se inserir no âmbito do interesse de agir.

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, “o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo “pedido” não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir”.¹⁵⁸

A teoria de Liebman busca, em síntese, conciliar as teorias concretistas e abstratas, defendendo a existência de um direito abstrato de ação, independente da

¹⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II, 2005. Pág. 306.

¹⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 1984. p. 156.

¹⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile: principi*, 2002. Pág. 146.

¹⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II, 2005. Pág. 302-303.

¹⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 1997. p. 532.

existência do direito material, mas preso a algumas condições com resquício de direito material, sem as quais a ação não pode existir.¹⁵⁹

A ação deve, por isso, ser proposta por alguém que esteja defendendo um direito próprio, contra outra pessoa que seja a titular da situação jurídica em tese oposta ao do autor. A sentença de procedência deve representar algum ganho ao demandante, ou seja, deve haver utilidade na concessão da tutela. E, por fim, aquilo que se pede deve ser permitido pelo direito.

III.2. Críticas à teoria eclética.

III.2.1. A natureza da atividade do juiz ao “julgar” que o “autor” carece de ação e as ações de direito constitucional e processual.

Liebman, como visto anteriormente, criou três condições para a existência da ação. Inexistindo a ação, a consequência imediata e lógica é a rejeição da existência do próprio processo, já que para Liebman a ação é o ônus cujo exercício origina o procedimento.

Coerente a seu pensamento, Liebman rejeitou a atividade jurisdicional do juiz quando o autor carece de ação. Se as condições não foram preenchidas, então não há ação; logo, não pode haver atuação jurisdicional.¹⁶⁰

Entretanto, duas críticas podem ser feitas a esse entendimento.

Em primeiro lugar, se a ação não existe, então como o juiz irá declarar que ela é inexistente? Ou seja, se o autor carece de ação, o que implica inexistência do processo, e a jurisdição é inerte, como pode o juiz se manifestar a respeito da ausência de uma das condições da ação?

Em segundo lugar, qual é a natureza da atividade do juiz que declara a carência de ação? A sentença que “extingue” o processo – que, diga-se de passagem, deveria ser inexistente – tem natureza administrativa ou legislativa?¹⁶¹

¹⁵⁹ O ordenamento jurídico francês também prevê condições para a existência da ação. Trata-se do “*Intérêt pour Agir*” e da “*Qualité pour agir*” que, basicamente, correspondem à *legitimatío ad causam* e ao interesse processual. De acordo com o artigo 31 do Código de Processo Civil francês, “*L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé*”.

¹⁶⁰ “Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre o pedido [domanda] para acolhê-lo ou rejeitá-lo. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [concreta *fattispecie*]. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 1984. p. 154.

Para que o juiz possa declarar o que quer que seja, exige-se uma demanda do autor (art. 2º, do CPC). É essa demanda que instaura o processo e permite que o juiz exerça a jurisdição. Se o autor não possui ação, então ele não pode demandar em juízo, não pode instaurar um processo e não tem como receber uma sentença.

Entretanto, o juiz, ao declarar o autor carente de ação, “extingue o processo” (art. 267, VI, do CPC), através de sentença, e desempenha uma atividade jurisdicional.¹⁶² É impossível, portanto, aceitar a construção de Liebman, pois não há como se dizer que um processo que será extinto não existe. Como foi dito anteriormente, a extinção tem como pressuposto lógico e inafastável a prévia existência.

Frise-se, ainda, que segundo a teoria eclética as condições da ação só são conhecidas após a análise dos pressupostos processuais. Ou seja, primeiro o juiz verifica a existência e a validade de um processo para depois verificar se o autor possui ou não o direito de ação. Trata-se de incoerência insuperável.

Sendo assim, não há como condicionar a ação, pois o juiz só poderia apreciar eventual condição após o seu exercício.¹⁶³

No que diz respeito à rejeição da atividade jurisdicional do juiz que aprecia as condições da ação, impor-se-iam duas conseqüências: a) ter-se-ia que criar uma atividade estatal própria para o juiz que aprecia as condições da ação e ‘extingue o processo’ por carência; b) a sentença de mérito, como muito bem assinalou Ovídio Baptista, só seria ato jurisdicional quando transitasse em julgado, pois se o tribunal entendesse que o autor carecia de ação, “a sentença que fora jurisdicional por haver decidido o mérito da causa perderia, com o resultado do recurso, tal qualidade”.¹⁶⁴

¹⁶¹ De acordo com Fábio Gomes, “A primeira e irresponsável crítica imposta à concepção de Liebman foi justamente quanto à indefinição da natureza da atividade do juiz enquanto examina e decide sobre as condições da ação, já que não a enquadrou no âmbito da jurisdição, nem da administração e tampouco da legislação”. *Carência de Ação*, 1999. p. 52.

¹⁶² Explicam Marinoni e Arenhart: “Ora, é lógico que deve existir o direito de se pedir ao juiz uma manifestação, ainda que seja a respeito da presença de uma condição da ação. Se este não é um direito de ação, porque as suas condições não estão presentes, logicamente outro direito deve existir – muito importante e com qualquer denominação – para obrigar o juiz a atender à possibilidade que a parte tem de recorrer à ‘justiça’. Portanto, a afirmação i) de que o juiz não exerce função jurisdicional quando afirma que uma condição da ação não está presente e ii) de que nesse caso não se responde a um direito do autor é *completamente insustentável*”. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, 2001. p. 48.

¹⁶³ Essa é a precisa lição de Fábio Gomes, apoiando-se em Walter Baethgen: “o processo é conseqüência inarredável do exercício do direito de ação; proposta esta, tudo o mais se resolve dentro da relação processual e com eficácia de ato jurisdicional. Se presentes ou não as chamadas condições da ação, é algo que o Juiz vai aferir dentro do processo formado, sempre com eficácia de ato jurisdicional; de ato emanado do poder jurisdicional do Estado. Enfim, é no processo que se decide sobre o próprio processo”. SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*, 2002. p. 124.

¹⁶⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*, 2006. p. 38.

Liebman tenta explicar tais falhas em sua teoria com a afirmação de que existem duas ações distintas: uma, incondicionada, de matriz constitucional e outra, condicionada, de natureza processual.

Enquanto a ação constitucional, “poder de agir em juízo”, estaria ligada ao rompimento da inércia jurisdicional, a ação processual significaria o direito à sentença de mérito.¹⁶⁵ E as condições da ação diriam respeito à possibilidade de se receber ou não uma sentença de mérito. Explica Liebman:

“Já vimos que o poder de agir em juízo é reconhecido a todos e vimos também a razão dessa ilimitada abertura: uma garantia constitucionalmente instituída, que é o reflexo ex parte subiecti da instituição dos tribunais pelo Estado (...)

“Coisa diferente é a ação, o direito subjetivo sobre o qual está construído todo o sistema do processo (...): o direito de agir em juízo é realmente atribuído para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos e isso significa que não pertenceria a quem postulasse tutela para direitos alheios”.¹⁶⁶

Tal distinção, contudo, não tem como prosperar. A existência de uma segunda ação processual carece de embasamento jurídico, além de ser um desvirtuamento grosseiro para que a teoria eclética seja aceita.

Está com a razão Marinoni ao rejeitar a ação de direito processual: “Não há fundamento algum para se admitirem duas modalidades de ação, uma com assento na Constituição e outra no CPC. A ação é uma só (...).¹⁶⁷ E o autor acrescenta:

¹⁶⁵ O autor é expresso ao definir ação como direito ao processo e ao julgamento do mérito, ainda que não se garanta ao demandante um resultado favorável. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 1984. p. 151.

¹⁶⁶ Idem. p. 150.

No mesmo sentido, Thereza Alvim e Arruda Alvim: “no plano jurídico-constitucional, onde originária e primariamente se situa a ação, consubstancia-se ela num direito autônomo e absolutamente abstrato consistente no direito que tem o indivíduo de pedir tutela jurisdicional ao Estado, relativamente, a uma pretensão, podendo dessa ação, a nível constitucional, nascer a ação do processo civil. (...) Este, instituto de direito processual, constante, pois, de lei processual, tem seus requisitos de exercício (condições da ação) também traçados pela lei processual. O escopo da ação é a obtenção da prestação constitucional, favorável ou não à pretensão veiculada. (...) Destarte, o que aciona a jurisdição é o exercício do direito constitucional de ação (de petição) e este é que dá nascimento ao processo. Tanto é assim que o processo pode existir, até mesmo já estar completo através da citação do réu, e ser o autor carente de ação (ação processual civil) em não preenchendo as condições desta última, tendo sido acionada a jurisdição através do exercício do direito constitucional de ação (de petição, portanto)”. ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ARRUDA ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*, 1996. Pág. 11-12.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2006. p. 179.

“para que o autor possa obter a tutela do direito material, ele deve *exercer a ação – ou atuar ou agir em juízo*”.¹⁶⁸

No mesmo sentido, Bedaque defende que “É na Constituição que se encontra a regra fundamental sobre ação (art. 5º, XXXV), sendo desnecessário identificar ‘outra’ ação no plano processual”.¹⁶⁹

Afirma-se também, ligado à existência de uma ação processual, mas com sentido um pouco diverso, que as condições da ação são requisitos estabelecidos para o exercício regular da ação.¹⁷⁰

Aceito esse posicionamento, então as condições da ação seriam, em verdade, condições da demanda. Considerando que a demanda é o exercício da ação, então ao se condicionar o ato pelo qual se aciona a jurisdição está a se condicionar a própria ação. E, novamente, surgiriam as questões sem resposta acima apresentadas.

III.2.2. A carência de ação após o saneamento do processo e a teoria da asserção.

Não obstante as críticas apresentadas acima, a teoria eclética manteve sua soberania na processualística brasileira.

Entretanto, se a declaração de carência de ação no início do processo já é problemática, a sentença de extinção do processo por carência de ação em fase avançada do processo¹⁷¹ é ainda mais criticável.

Como se aceitar que alguém não possui o direito de ação mesmo depois da contestação do réu, impugnação à contestação pelo autor (a qual foi indevidamente banalizada pelos fóruns e tribunais de nosso país), saneamento do processo (!) e produção probatória? Afinal, as condições da ação são matéria de ordem pública e

¹⁶⁸ Idem. p. 180.

¹⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 231.

¹⁷⁰ De acordo com Celso Neves, “teríamos a *legitimatatio ad tutelam*, o *interesse de agir* e a *possibilidade jurídica do pedido* como condições da *ação exercida*, de cuja existência dependerá o exame do mérito, momento procedimental de aferição da procedência ou improcedência da demanda, mediatemente determinável pela realização imediata do direito objetivo que o juiz, aplicando, faz efetiva”. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*, 1997. p. 132.

Igualmente, Rodrigo da Cunha Lima Freire defende que as condições da ação são “requisitos estabelecidos para o exercício regular da ação, pois, se não forem preenchidos, impedem a condução do processo ao exame do *meritum causae*”. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*, 2001. p. 57

¹⁷¹ O art. 267, §3º, do CPC, dispõe que as condições da ação podem ser conhecidas de ofício a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Nelson Nery Jr. chega a defender que o tribunal poderá extinguir um processo por carência de ação mesmo quando apenas o autor apela de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido. Diz o autor que tal decisão não ofenderia a vedação ao *reformatio in pejus* (*Condições da Ação*, 1991. p. 34).

podem ser conhecidas de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, §3º, do CPC).

Mesmo para adeptos da teoria eclética ficou difícil aceitar a declaração judicial de carência de ação após o saneamento do processo, momento em que se deve verificar se o processo é válido e pode ter continuidade.

Frise-se, ainda, que seria um atentado contra a instrumentalidade do processo permitir que haja uma série de atos processuais, produção de provas e, quando o processo estivesse pronto para receber uma sentença de mérito, fosse extinto porque não preenchidas as condições da ação.

Começada a instrução, diziam os críticos, não haveria mais como declarar que o autor era carente de ação, mas sim julgar o mérito improcedente. Surgiu, então, a teoria da asserção.

Como o próprio nome diz, o juiz deve, segundo essa teoria, examinar a presença das condições da ação de acordo com o que alegou o autor. O conhecimento da matéria deve ser feito *in statu assertionis*, ou seja, no momento do recebimento da petição inicial. E dependendo do que foi relatado pelo autor, o juiz extinguirá ou não o processo.¹⁷²

Se o autor afirma estar defendendo um direito próprio e lícito, cuja proteção deva ser feita através do processo, a qual lhe trará benefícios, então as condições da ação estão preenchidas.

Se, por outro lado, na petição inicial, ou nos documentos que a instruírem, o juiz constatar que o direito que o autor defende é de terceiro, se aquilo que o autor busca é proibido pelo ordenamento ou se o processo não é capaz de trazer nenhum benefício ao autor, sendo absolutamente dispensável, o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito por carência de ação.

Em síntese, para a teoria da asserção, presentes as condições da ação e os outros requisitos previstos no art. 282, do CPC, o juiz receberá a petição inicial e mandará citar o réu; ausente alguma das condições da ação, o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito por carência de ação. Explica Kazuo Watanabe, apoiando-se nas idéias de Barbosa Moreira:

¹⁷² “Para essa posição, entretanto, e esta é a principal diferença com o entendimento tradicional, só seria decisão a respeito das condições da ação aquela que o juiz proferisse tendo em vista unicamente as alegações do autor, na inicial. Uma decisão fruto de uma cognição sumária, sem que tenha havido qualquer espécie de instrução”. COSTA, Susana Henriques da. *Condições da Ação*, 2005. p. 43.

*“O exame das condições da ação deve ser feito ‘com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a res in iudicium deducta’: vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, ‘considera tal relação jurídica in statu assertionis, ou seja, à vista do que se afirmou’”.*¹⁷³

Todavia, ainda que com intenções louváveis, a teoria assertista não se sustenta.

Na hipótese de o autor não possuir interesse processual, então ele não possuirá interesse processual em momento nenhum do processo. Ou seja, se alguém é carente de ação, não deixará de sê-lo apenas porque houve a realização de atos processuais.¹⁷⁴

Haveria, ainda, que se deparar com uma situação inusitada. Basta que o demandante minta para que a petição seja recebida. Desse modo, se o autor afirmar que emprestou dinheiro ao réu, ainda que tenha emprestado ao filho dele, teria direito de ação e o juiz proferiria uma sentença de mérito. Se o autor deixar claro que propõe uma demanda contra A, mas tinha, em verdade, emprestado dinheiro a B, então o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito. Em resumo, dois casos concretos idênticos receberiam sentenças de natureza diversa, de acordo com o relato fático do demandante.

Dinamarco resume com precisão:

“Ao propor arbitrariamente essa estranha modificação da natureza de um pronunciamento judicial conforme o momento em que é produzido (de uma sentença terminativa a uma de mérito), a teoria ‘della prospettazione’ incorre

¹⁷³ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2000. p. 80.

No mesmo sentido, Fredie Didier acrescenta: “Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (in statu assertionis)”. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 2007. p. 162.

¹⁷⁴ Precisa é a lição de Adroaldo Furtado Fabrício: “Seja que o juiz (a) identifique a impossibilidade ao primeiro contato com a inicial, segundo o art. 295, (b) constate a falta de cobertura legal para a demanda no curso do processo ou (c) chegue a tal conclusão depois de percorrer o completo *iter* processual, passando inclusive pela instrução em audiência, a substância da decisão será sempre a mesma, variando apenas o momento de sua prolação e talvez o tipo de material com o qual trabalhou na formação do seu convencimento” *Extinção do processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 17.

*em uma série de erros e abre caminho para incoerências que desmerecem desnecessária e inutilmente o sistema”.*¹⁷⁵

Por outro lado, a teoria da asserção continua não conseguindo explicar a natureza do ato que aprecia a existência das condições da ação, nem como alguém que não tem direito de ação pode demandar e instaurar um processo. E, se considerarmos a ação um direito a uma sentença de mérito, também não explica o que é que permite a qualquer pessoa demandar em juízo, ainda que não preenchidos os requisitos de validade do processo. Ou seja, cabem contra ela as mesmas observações feitas em relação à teoria eclética.

III.2.3. A carência de ação e a coisa julgada material.

Considerando que, para a teoria eclética, a sentença que extingue o processo por carência de ação não é uma sentença de mérito, nem atividade jurisdicional, tal sentença não está sujeita aos efeitos da coisa julgada material.

Em outras palavras, a declaração de carência de ação não está sujeita à imutabilidade, tendo como consequência prática a possibilidade de repositura da mesma demanda, cujo autor já foi considerado carente de ação. Nesse sentido, vem o art. 268, do CPC, que dispõe que “a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

Segundo os defensores da teoria eclética, deve-se permitir que o autor carente intente de novo a demanda, pois a situação fática pode se alterar, garantindo-lhe, então, o preenchimento de todas as condições da ação.

Desse modo, se demandando pagamento de dívida de José, ainda que o devedor fosse João, sou carente de ação por ilegitimidade *ad causam* passiva. Mas se José assume a dívida de João, então agora todas as condições da ação estão preenchidas.

Aqui reside uma das maiores e mais irrefutáveis críticas à teoria eclética. A demanda proposta que tem como fundamento uma situação fática diversa, obviamente não será a mesma daquela já proposta, já que possui outra causa de pedir.¹⁷⁶

¹⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 317.

¹⁷⁶ Botelho de Mesquita et alii, não obstante defendam as condições da ação, concordam com a inconsistência desse posicionamento: “O primeiro ramo, dir-se-á o que abriga o maior número de partidários, sustenta o entendimento de que, julgado carecedor da ação, poderá o autor intentá-la novamente. Dentro os que

Ou seja, se antes a minha demanda não preenchia as condições da ação e agora passa a preencher, é porque a situação fática se alterou, modificando também a demanda. Os *tria eadem* não são mais os mesmos.¹⁷⁷

Botelho de Mesquita, em conjunto com outros autores, defende que é possível existir situações em que a mesma demanda é reproposta, tendo o autor, então, direito de ação:

*“Esta hipótese existe. É o caso em que, depois do trânsito em julgado da sentença de carência de ação, sobrevém alteração no direito positivo que torne juridicamente possível o pedido, ou que confira legitimação à parte, ou que, tornando necessária a via judicial, crie o interesse de agir”.*¹⁷⁸

Não concordamos com os autores. A decisão judicial é um produto do contexto e do momento em que é proferida. É impossível impedir, nesse sistema, que se produzam injustiças, havendo, invariavelmente, pessoas que serão tanto prejudicadas como beneficiadas pelo momento em que se valeram da jurisdição.

Se o autor propôs uma demanda pleiteando algo que não era permitido pelo ordenamento (impossibilidade jurídica do pedido), arcará com as consequências de seu ato. O autor que pede condenação por dívida de jogo o faz a despeito do que está previsto positivamente. Ele sabe – ou deveria saber – que contraria aquilo que está legislado e, mesmo assim, sobrecarrega a jurisdição com uma demanda inútil. Trata-se de uma opção. Mas, se deseja assumir esse risco, deve ter consciência de que, caso seja promulgada uma lei autorizando a cobrança judicial de dívida de jogo, não poderá mais propor aquela demanda.¹⁷⁹

E isso acontece o tempo inteiro com as sentenças de mérito. Quantos não são os jurisdicionados que, pioneiramente, buscam tutelas com base em teses

pertencem a este grupo há os que expressamente subordinam essa possibilidade à implementação da condição faltante. Este entendimento nega aplicação à norma porque, é óbvio, implementada a condição faltante, a ação já não será a mesma”. *O Colapso das Condições da Ação?*, 2007. p. 28-29.

¹⁷⁷ Ao se referir à ilegitimidade *ad causam* ativa de autor que propôs ação de despejo sem ser o locador do imóvel, Fábio Gomes ensina que a possibilidade de se repropor a demanda “toma o autor por parte ilegítima para uma ação que sequer foi proposta; conseqüentemente, a ação que será ‘novamente’ proposta não se identificará com aquela para a qual o autor foi julgado parte ilegítima, pois que os sujeitos de ambas são diversos. Ora, é evidente que o mérito da segunda ação não foi ainda julgado na hipótese aqui tratada, pois o contrário implicaria admitir que a demanda descrita na petição inicial pudesse contar com o ‘mérito’ da lide de outrem”. *Carência de Ação*, 1999. p. 68.

¹⁷⁸ *O colapso das Condições da Ação?*, 2007. p. 30.

¹⁷⁹ Aqui poder-se-ia discutir se a demanda proposta não teria nova causa de pedir. O tema é muito complicado e envolve a precisa delimitação da causa de pedir, o que depende da teoria adotada – substanciação ou individuação.

jurídicas modernas, que só virão a ser aceitas anos mais tarde? Teses jurídicas que, no futuro, viram normas e, então, garantem a todos aquela tutela? Mas nem por isso aqueles que tiveram suas pretensões rejeitadas poderão repropor a demanda.

Como se aceitar, então, que alguém a que o ordenamento rejeita a sentença de mérito¹⁸⁰ pode repropor a demanda rejeitada porque sobreveio alteração legislativa?

Desse modo, concluímos com José Roberto Bedaque:

“Desnecessário o recurso a soluções aparentemente diversas da coisa julgada material, mas que, do ponto de vista substancial, dela não diferem. Dizer que a sentença de carência não adquire a qualidade de que ora se fala, devendo o legislador, porém, impedir a reiteração da demanda, salvo se eliminada a carência por fatos novos – como a aquisição da legitimidade por quem não a possuía –, é atribuir outro nome à coisa julgada (...)

“Não é temerária, portanto, a atribuição de coisa julgada material à sentença de carência, impedindo a propositura da mesma demanda. Em contrapartida, deve-se admitir a rescisão dessa sentença”.¹⁸¹

III.2.4. A incondicionalidade da ação: poder abstrato.

Quase todos os conceitos de ação trabalham com a idéia de direito subjetivo. Há quem a defina como direito subjetivo público abstrato, há quem diga se tratar de direito subjetivo público condicionado às condições da ação e, modernamente, tem se afirmado se tratar de um direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva.

Muito se discutiu a respeito do conceito de direito subjetivo e as três clássicas teorias – a da vontade, de Savigny, a do interesse, de Ihering e a eclética, de Jellinek – encontram-se superadas.

Prevaleceu, na doutrina, o conceito de direito subjetivo como *facultas agendi*, ou seja, o direito subjetivo como uma faculdade de agir. Mas deve ser uma faculdade de agir conforme o ordenamento. Para Maria Helena Diniz, a *facultas agendi* vem antes do direito subjetivo, pois este é a “permissão para o uso das faculdades humanas”.¹⁸²

¹⁸⁰ Veremos, adiante, que toda sentença de carência de ação é uma sentença de mérito.

¹⁸¹ *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 346-347.

¹⁸² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 2004. p. 248.

Tal entendimento, contudo, não consegue explicar com clareza o que é realmente um direito subjetivo. Acaba confundindo o direito subjetivo com a autonomia da vontade (e, em alguns momentos, com o conceito de direito potestativo), já que o direito à propriedade, por exemplo, não é a faculdade de dispor, usar, gozar ou fruir da coisa, os quais são apenas alguns de seus desdobramentos.

Como foi abordado no ponto *III.1.4*, direitos subjetivos são proteções ao vínculo entre a pessoa e o bem ou interesse que dependem de um fazer ou não fazer alheio. Esse fazer ou não fazer pode ser tanto Estatal como privado.

Sendo assim, o direito à propriedade pressupõe uma omissão tanto do Estado como de terceiros, bem como o direito ao crédito depende de uma prestação positiva identificada no pagamento. O direito à honra, subjetiva e objetiva, só tem efetividade enquanto ninguém a denegrir. Os direitos fundamentais individuais podem depender de uma ação, omissão, ou de ambos ao mesmo tempo. O direito fundamental à assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV) exige que o Estado garanta uma estrutura própria e eficiente, dentro da reserva do possível. O direito à saúde, por outro lado, exige não só a prestação positiva no sentido de se garantir assistência médica etc., mas também prevê uma omissão no sentido de que nem o Estado nem terceiros poderão realizar condutas que deteriore a saúde das pessoas.

Caso o direito subjetivo não seja reconhecido por terceiros, então cabe ao Estado reconhecê-lo e efetivá-lo, o que acontecerá através da tutela jurisdicional.

Os direitos potestativos, por outro lado, são direitos que também estão previstos abstratamente pelo direito objetivo, mas que se diferem dos direitos subjetivos porque independem de reconhecimento alheio, simplesmente sujeitando alguém às consequências jurídicas do exercício do poder. Basta que o sujeito se encontre na posição jurídica que lhe atribua o poder para que tenha eficácia. É o caso do empregador que tem o direito potestativo de demitir o empregado ou do contratante que pode denunciar unilateralmente o contrato (art. 473, do CC).

Desse modo, entendemos que a ação não é um direito subjetivo, mas como ensinam Cândido Dinamarco e Eduardo Couture, um poder.¹⁸³

¹⁸³ Como explica Dinamarco, “nem a ação nem a defesa constituem direitos subjetivos”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 325. Segundo ele, “Ao falar em ação como *direito de agir* e na defesa como *jus exceptionis*, tem-se em vista o poder, que cada uma delas

A ação é um poder porque qualquer um pode, a qualquer momento, romper a inércia jurisdicional e demandar.¹⁸⁴ E, ao fazer isso, instaurar-se-á, sempre, um processo, ainda que inválido. O ato de demandar independe de reconhecimento, não importando se feito perante juiz absolutamente incompetente ou impedido, se o pedido é ilícito ou impossível, se a petição é inepta etc. O Estado simplesmente está sujeito a isso.¹⁸⁵

Explica Dinamarco:

*“O primeiro e mais amplo dos efeitos da demanda, que é o de formar o processo, já estará então produzido pela simples apresentação da petição inicial. A garantia constitucional da ação, em seu significado mais amplo, é antes de tudo a garantia de que será ouvido em juízo todo aquele que trazer ao Estado-juiz uma alegação de direito violado ou posto em ameaça: tal é o primeiro dos significados do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal (assegurar a cada um his day in court)”.*¹⁸⁶

É por isso que o conceito que Eduardo Couture dá para ação (vide II.1.3) consegue explicar perfeitamente o fenômeno existente na possibilidade de qualquer um apresentar uma pretensão ao Estado, seja ela fundada ou infundada.

Frise-se, no entanto, que aceitar a ação como um poder abstrato e incondicionado, de todos, de romper a inércia jurisdicional e demandar, não significa, de maneira alguma, rejeitar a existência de um direito subjetivo a um processo efetivo.

José Roberto dos Santos Bedaque¹⁸⁷, Luiz Guilherme Marinoni¹⁸⁸ e Carlos Alberto de Oliveira¹⁸⁹ estão com a razão, cada um ao seu modo, ao defender que se

representa, de fazer com que o Estado atue para a oferta do bem a quem tiver direito”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 326.

¹⁸⁴ Demandar significa apresentar uma pretensão a um órgão jurisdicional por alguém com capacidade de ser parte. O veículo dessa pretensão será sempre uma petição: petição inicial no caso da demanda inicial.

¹⁸⁵ “A possibilidade de realizar eficazmente os atos do processo e formular exigências, que a lei outorga a ambas as partes, resolver-se, na relação entre cada uma destas e o Estado-juiz, em autêntica *capacidade de produzir efeitos sobre a esfera jurídica alheia*; e essa capacidade define-se como *poder*, não como direito subjetivo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 325.

¹⁸⁶ Idem, ibidem.

¹⁸⁷ “A garantia constitucional (da ação) representa não mero direito formal ao processo, mas garantia substancial a um processo justo, concebido como aquele apto ao proporcionar ao titular do direito a tutela adequada”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 231

¹⁸⁸ “A ação, muito mais do que um simples direito de pedir a prestação jurisdicional, é um direito de agir diante da jurisdição para obter a tutela do direito. Nesse sentido, a ação – como também acontece com a defesa – se realiza com base no direito de participação, expressão de um princípio político fundamental do Estado. (...) *O direito à ação adequada, embora independente de uma sentença favorável ou da efetiva realização do direito,*

deve garantir ao cidadão um processo efetivo. E, realmente, o poder de ação é inútil sem a garantia estatal de acesso aos instrumentos adequados para a realização do direito material.¹⁹⁰ Mas não acreditamos que esse direito seja a ação.

Imagine-se o caso do autor que propõe demanda idêntica a outra já proposta, configurando-se litispendência ou mesmo coisa julgada. Terá esse demandante direito a um processo efetivo?¹⁹¹ Parece-nos que não.

Lembre-se que tanto a litispendência como a coisa julgada são hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, V, do CPC). A repetição de uma demanda gera um processo que nasce maculado, um natimorto. A ninguém é garantida a dupla apreciação de uma demanda pelo mesmo grau de jurisdição.

Mas o que explica, então, a possibilidade de o autor ter demandado e ter instaurado um processo, ainda que, em seguida, extinto? O que foi que provocou o Estado, permitindo que o autor pedisse algo que já foi julgado? E quais são as técnicas processuais à disposição desse demandante?

Por isso, pode-se concluir que a ação supõe a existência de vários direitos: o direito ao contraditório, à ampla defesa, à publicidade dos atos e, acima de tudo, o direito a um processo justo. Mas ela não pressupõe nada disso.

Ainda que o Estado tenha o dever de prestar a tutela jurisdicional adequada, garantindo um processo justo e efetivo, há um fenômeno distinto e dissociado, que é um poder de todos de romper a inércia jurisdicional e demandar. E isto não pode ser condicionado, nem mesmo a uma prestação do Estado.

Ovídio Baptista tem total razão ao criticar a utilização indevida do termo ação por aqueles que não aceitam a ação de direito material.¹⁹² A expressão “ação” está longe de ser a mais adequada para esse direito potestativo de romper a inércia jurisdicional e demandar.¹⁹³

requer que ao autor sejam conferidos os meios técnicos idôneos à obtenção da sentença favorável e da tutela do direito”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2006. p. 283-289.

¹⁸⁹ “Realmente, as diversas teoria abstratas da ação processual – embora o mérito de terem demonstrado a autonomia do direito processual em relação ao material – em nada contribuem para a compreensão das formas e do conteúdo da tutela jurisdicional pedida e exercida com a própria ação. Essas tutelas jurisdicionais, contudo, para serem realmente efetivas, não podem ser abstratas, devem se adequar concretamente ao caso para poderem satisfazer de forma efetiva a crise sofrida pelo direito material e realizar justiça”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, 2008. p. 72.

¹⁹⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2006. p. 138-139.

¹⁹¹ Idêntico é o caso da preempção, da existência de cláusula arbitral, da incapacidade processual etc.

¹⁹² Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Direito Material e Processo*, 2006. p. 80-81.

¹⁹³ Não se deve, destarte, falar em ação de usucapião, mas pretensão à declaração de usucapião, procedimento da usucapião, demanda relativa à declaração de usucapião etc.

Contudo, o termo ação já foi consagrado não só na doutrina, como em todo o universo jurídico. E em cada momento utiliza-se-a para designar um fenômeno distinto.

O grande problema, ao que nos parece, está no fato de se inserir na ação elementos que poderiam constar em categorias autônomas. Em outras palavras, a ação é supervalorizada; e essa supervalorização faz com que nela se imiscuem institutos e direitos autônomos, que existem por si próprios e poderiam ser explicados sem que a ela fossem atrelados.¹⁹⁴

III.3. A resolução liminar do mérito e as condições da ação.

III.3.1. O conceito de mérito no processo civil.

O conceito de objeto do processo não foi muito desenvolvido no Brasil, onde, em grande parte por forte influência italiana, preferiu-se focar os estudos em processo civil no instituto da ação e, como consequência, nos elementos da demanda. Diversamente, a doutrina alemã erigiu o mérito (chamado de *Streitgegenstand* ou objeto litigioso do processo¹⁹⁵) como conceito núcleo do processo civil, voltando todas as suas atenções para a noção de pretensão (*Anspruch*).¹⁹⁶

No Brasil, prevalece o entendimento de que mérito e lide são a mesma coisa. O próprio Código de Processo Civil, em diversos momentos, utiliza os termos

¹⁹⁴ Como exemplo, podemos citar a Constituição Federal. No artigo 5º, XXXV, dispõe-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A redação poderia ter sido mais precisa, mas o sentido pode ser facilmente depreendido: qualquer um pode demandar à jurisdição. Trata-se do que entendemos por ação.

Também no artigo 5º, mas agora no inciso LXXVIII, assegura-se a todos a razoável duração do processo e os meios necessários para a sua celeridade. Aqui, temos um direito a um processo célere (*rectius*: tempestivo), que não se confunde com a ação.

Isso quer dizer que, ainda que de nada adiante dar a todos os indivíduos um poder de demandar sem que esse processo seja efetivo e tempestivo, não se deve atrelar esses últimos elementos à ação.

¹⁹⁵ O conceito de *Streitgegenstand* em nada se confunde com o objeto litigioso do processo criado por nossa doutrina. Não se pode dizer, como faz Arruda Alvim, que o objeto litigioso do processo civil alemão é o mesmo que a lide brasileira, pois partem de premissas e chegam a conclusões absolutamente diversas. Cf. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, 2001. p. 434.

¹⁹⁶ Conforme está disposto no §322, I, do ZPO alemão (*Zivilprozessordnung*), a sentença só fará coisa julgada quando resolver a pretensão apresentada pela demanda ou pela reconvenção.

Entretanto, conceituar *Streitgegenstand* como pretensão não foi suficiente para dirimir as dúvidas quanto ao mérito do processo na Alemanha. Variadas foram as teorias que tentaram definir e explicar a pretensão. Como ensina Liane Boll Kimmich, “A doutrina alemã, (...) há quase setenta anos, procura definir o objeto do processo enquanto conteúdo, associando-o ao difícil conceito de pretensão, relegando a idéia de finalidade em um plano secundário”. *Teorias do Objeto do Processo no Direito Brasileiro e Alemão*, 1997. p. 159.

como sinônimos, tendo a sua Exposição de Motivos deixado claro o que se entende por objeto do processo:

“O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. (...) O julgamento desse conflito de pretensões mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.

Cumpre ressaltar que a lide a que o código se refere é a lide como concebida por Carnelutti, ou seja, um “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro”.¹⁹⁷

No entanto, há que se rejeitar este conceito legal, pois logicamente inviável. Nem mesmo Francesco Carnelutti referia-se à lide como mérito do processo, já que, para o autor italiano, a lide era conceito fundamental de sua teoria processual, constituindo o cerne da própria jurisdição. A justa composição da lide era o escopo da jurisdição, mas o autor não se a ela referiu como objeto do processo. Carnelutti chega a confundir lide e processo¹⁹⁸, aludindo-se a “mérito da lide”, que seria “o *complexo das questões materiais* que a lide apresenta”.¹⁹⁹

Piero Calamandrei, fiel seguidor de Chiovenda, sustentou que o conceito de lide como formulado por Carnelutti era um retrocesso ao que já havia sido desenvolvido no processo civil.²⁰⁰ Em primeiro lugar porque a ausência de lide não impediria o exercício jurisdicional. Em segundo lugar porque o conceito criado por Carnelutti seria muito mais sociológico do que jurídico, pois esquece de se referir à tutela jurídica pretendida por aquele que teve sua pretensão resistida. Segundo Calamandrei, o juiz não julga a lide em si, mas apenas a parcela da lide apresentada pelo autor por meio da demanda.²⁰¹

¹⁹⁷ O conceito é apresentado na própria Exposição de Motivos, com referência expressa a Francesco Carnelutti. Sobre o conceito de lide do autor, cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 2, 2000. p. 29 e ss.

¹⁹⁸ Coisa que o Código também faz ao utilizar o termo lide não só como mérito (art. 330, e.g.), mas também como processo (arts. 70-76, p. ex.).

¹⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*, 1980. p. 152. *Apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Conceito de Mérito em Processo Civil*, 1984. p. 25.

²⁰⁰ Cf. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Notas sobre o Conceito de Lide*, 1984. p. 86-88.

²⁰¹ Como explica Eduardo Ribeiro de Oliveira, para Calamandrei “o Juiz não se encontra em presença da lide como é fora do processo, mas tão-só daquela porção da lide que a demanda põe em evidência”. *Idem*. p. 87.

Mas independentemente de ser a lide sociológica ou jurídica, tem razão Calamandrei que o juiz julga aquilo que o autor lhe apresenta. Sendo assim, a lide não pode ser o mérito do processo, pois, como afirma Liebman, “O conflito de interesses existente entre as partes fora do processo é de fato a razão de ser, a causa remota, não o objeto do processo”.²⁰²

O juiz sempre julga algo que lhe é apresentado. E o autor, ao pedir uma tutela, não está apresentando uma lide a ser resolvida. Se fosse assim, então deveria o autor, na petição inicial, narrar os fatos e pedir que aquele conflito fosse resolvido pelo juiz da maneira que melhor lhe aprouvesse. O pedido seria o pleito de resolução da lide e nada mais.

Mas o autor não se limita a apresentar um litígio ao juiz. Ele apresenta argumentos jurídicos, interpreta os fatos da maneira que lhe seja mais favorável e, então, pede algo. Pede algo específico e não genérico. E é o próprio Código de Processo Civil que dispõe que o autor deve formular pedido certo ou determinado, sendo o pedido genérico exceção.

Se o autor pode definir o que pleitear ao juiz, então ele não está pedindo a resolução de uma lide, mas a satisfação de algo que deseja, algo que busca, algo de que precisa.

Tendo isso em mente, Liebman afirmou que a lide era o conflito de interesses “depois de moldado pelas partes e vazado nos pedidos formulados ao juiz”.²⁰³ E esse seria o objeto do processo.

Eduardo Ribeiro de Oliveira também conclui nesse sentido:

*“Se o pronunciamento do Juiz está condicionado ao pedido do autor e condicionado não apenas à natureza da tutela jurídica pretendida, mas também aos fatos expostos, claro está que importa para o processo a lide deduzida pelo autor na inicial. Sobre ela e apenas sobre ela o Juiz poderá pronunciar-se. E ao fazê-lo apreciará o mérito da causa”.*²⁰⁴

Curiosa e contraditoriamente, o Código de Processo Civil, no art. 128, aproxima-se da teoria de Liebman ao dispor que “O juiz decidirá a lide nos limites

²⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*. In: Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 115. *Apud* OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. *Notas sobre o Conceito de Lide*, 1984. p. 87.

²⁰³ Idem, *ibidem*.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Notas sobre o Conceito de Lide*, 1984. p. 88.

em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Mas mesmo a lide como conceituada por Liebman deve ser afastada do mérito do processo.

Nem sempre o juiz estará diante de uma pretensão resistida, mesmo que processual. Há situações em que as especificidades do caso concreto impõem a resolução jurisdicional, independentemente da vontade das partes (o pedido de decretação de nulidade de casamento, p. ex.). Calamandrei referiu-se a tais casos como “processo civil inquisitório”²⁰⁵. Do mesmo modo, as tutelas declaratórias independem da existência de lide.²⁰⁶

Desse modo, concordamos com Cândido Dinamarco que o objeto do processo é a pretensão do autor, de natureza eminentemente processual. Pretensão, essa, duplamente direcionada, ou ‘bifronte’, como ele defende.

A pretensão não estará, necessariamente, fundada em um direito. Pode, perfeitamente, tratar-se de um desejo sem embasamento legal, uma aspiração não protegida pelo direito.²⁰⁷ Qualquer um pode pretender receber pagamento uma segunda vez por uma única obrigação, mas o direito não tutelar essa pretensão.

Não há como negar a alguém a pretensão; *nega-se, somente, a satisfação dessa pretensão*. Toda pretensão pode, por isso, ser fundada ou infundada, ou, em outras palavras, legítima ou ilegítima.²⁰⁸

O réu, por outro lado, não demanda, mas contesta²⁰⁹, apresentando argumentos para que a pretensão à condenação seja julgada improcedente; para que o juiz decida que a pretensão do autor não é, por algum motivo, legítima. Decidindo desse modo, o juiz julgará o pedido improcedente, negando a tutela jurisdicional ao autor.

Não concordamos que o réu participe da formação do mérito do processo. Ele poderá ter um direito tutelado como consequência do julgamento de improcedência, mas a não ser que reconvenha (art. 315, do CPC), ou peça uma

²⁰⁵ Cf. Idem. p. 88-90.

²⁰⁶ Cf. Idem. p. 90-94.

²⁰⁷ “Ainda quando não houver o direito subjetivo, pode haver pretensão (...)”. BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*, 2002. p. 9.

²⁰⁸ “A pretensão pode se formular por quem tiver o direito, mas também por quem não o tiver: tanto pretensão é a pretensão fundada como a infundada”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 2, 2000. p. 31.

²⁰⁹ Carnelutti chama esse ato de “discussão”. Parece melhor, entretanto, o termo “contestação”. Cf. Idem. p. 36.

declaração incidental (art. 325, do CPC), o réu não busca nada, a não ser a manutenção do *status quo*.²¹⁰

Se João pede a declaração de propriedade de um imóvel que está sendo disputado com José, o julgamento de improcedência da pretensão de João não significa que José é o proprietário. Além de uma eventual alegação de propriedade de José configurar uma questão de mérito, cuja solução não faz coisa julgada (art. 469, II e III do CPC), José pode contestar somente a validade do título de João. Caso o título realmente seja inválido, então a pretensão de João será julgada improcedente, independentemente de quem é o proprietário do imóvel.

O próprio código, ao tratar da contestação no art. 300, dispõe que “Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor (...)”.

Note-se que ao réu compete apenas impugnar o pedido do autor, apresentando razões de fato e de direito que demonstrem não ter ele razão. Na contestação o réu deve alegar, mas em nenhum dispositivo o CPC dispõe que o réu “pedirá” algo.

É de difícil solução, porém, saber qual é o papel da causa de pedir na formação do objeto do processo.

O CPC é expresso ao dispor que os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, não fazem coisa julgada, a qual se limita à parte dispositiva da sentença (art. 469).

Podemos exemplificar com o seguinte caso: o autor formula pedido de indenização em face do réu porque este teria violado cláusula de um contrato celebrado entre ambos. A verificação da existência ou não da relação jurídica contratual faz parte do objeto de conhecimento do juiz, mas não é efetivamente por ele julgada. O juiz decidirá sobre o mérito ao determinar ou não a reparação pelo réu. A questão envolvendo a existência da relação jurídica contratual era logicamente anterior ao convencimento do juiz quanto à legitimidade da pretensão: trata-se de questão de mérito.

²¹⁰ Nesse mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel: “Dito de outro modo, parece pacífico o entendimento de que em verdade o réu não ‘pede’, ou seja, não formula pedido ao contestar a demanda ajuizada pelo autor, mas apenas ‘impede’ ou oferece resistência. De um lado, enquanto o resultado do provimento jurisdicional que reconhece o pleito formulado pelo autor implica em (sic) decisão meritória de conteúdo declaratório, constitutivo, condenatório, executório, cautelar ou mandamental, em verdade o resultado da atuação do demandado será apenas o provimento declaratório negativo, no sentido do reconhecimento da inexistência do direito alegado pelo autor na inicial em *status assertionis*”. (...) LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto Litigioso e Duplo Grau de Jurisdição*, 2002. p. 364.

Por esse motivo, alguns autores, como José Roberto dos Santos Bedaque²¹¹, defendem que o mérito do processo é o pedido formulado na inicial.²¹²

No entanto, ao mesmo tempo em que o CPC afirma que há julgamento de mérito quando acolhido ou rejeitado o pedido inicial (art. 269, I) e atribui coisa julgada apenas à parte dispositiva da sentença (art. 469), que é a parte que julga os pedidos iniciais, garante estabilidade à causa de pedir (art. 264), afirma que há litispendência quando se repete ação em curso (art. 301, §3º), dispõe que há coisa julgada quando se repete ação já decidida por sentença transitada em julgado (art. 301, §3º) e atribui eficácia preclusiva à coisa julgada (art. 474).²¹³

Os argumentos apresentados tanto a favor como contra a relevância da causa de pedir para delimitação do mérito do processo podem ser afastados.

O fato de que só o pedido faz coisa julgada material não implica necessariamente a ausência da causa de pedir no mérito, já que nada impede o legislador de definir que somente uma parte do mérito está sujeita à imutabilidade.

Por outro lado, a alegação de que se apenas o pedido compuser o mérito do processo, então ter-se-ia que rejeitar a possibilidade de propor nova demanda com mesmo pedido, mas causa de pedir distinta também pode ser afastada. A existência de coisa julgada ou litispendência é resolvida pela análise dos *tria eadem* – partes, causa de pedir e pedido – e não pelo conceito de mérito (art. 301, §3º, do CPC).

De qualquer forma, para o presente trabalho, importa definir que o objeto do processo é a pretensão do autor, veiculada pelo pedido e informada ou não pela causa de pedir.

III.3.2. As condições da ação e o mérito.

²¹¹ “Entende-se por ‘julgamento de mérito’ a resposta dada ao pedido formulado pelo autor (...) Julgar o mérito significa julgar o pedido deduzido na inicial, acolhendo-o ou rejeitando-o”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 242.

²¹² Alexandre Freitas Câmara rejeita a adoção do pedido como mérito do processo: “Note-se, aqui, que a pretensão não é o pedido, sendo este apenas a sua manifestação no processo. Pretensão é intenção, elemento volitivo e subjetivo. Pedido é o meio de declaração da vontade de se obter determinado resultado em juízo, ou em outros termos, manifestação processual de pretensão”. *Lições de Direito Processual Civil*, v. 1, 2004. p. 228.

²¹³ Segundo Eduardo Talamini, “O objeto do processo (o seu ‘mérito’) é constituído pela *pretensão processual*. Essa, por sua vez, não se confunde com a chamada pretensão de direito material (atinente à concreta exigibilidade de uma prestação de conduta). A pretensão processual se identifica pela consideração conjugada do mecanismo processual de tutela pretendido (a providência processual concreta) com a *situação carente de tutela* (a ‘situação trazida de fora do processo’). No pedido é formalmente veiculada essa pretensão. Por outro lado, a causa de pedir é elemento indispensável para que a pretensão seja adequadamente identificada, embora a causa de pedir, em si, não constitua o objeto ou parte do objeto do processo”. *Coisa Julgada e sua Revisão*, 2005. p. 79-80.

Afirmou-se anteriormente que a ação é um direito potestativo incondicionado. Entretanto, o conceito adotado para definir a ação, pressupondo ou não a existência de uma ação de direito material ou um processo efetivo e adequado, é indiferente para se chegar a uma outra conclusão: sempre que o juiz extingue um processo por carência de ação, está o magistrado a julgar o mérito do processo.

E note-se que a essa conclusão se pode chegar tanto pelo conceito de mérito do processo que engloba, como pelo que não engloba a causa de pedir, ou mesmo pelo conceito que tem no mérito não só a pretensão como todo o objeto de conhecimento do juiz. Em outras palavras, não interessa se a causa de pedir ou as questões de mérito fazem ou não parte do objeto do processo: as condições da ação sempre implicam uma sentença de mérito.

Comumente se diz que as condições da ação encontram-se em uma zona de contato entre o processo e o direito material. No entanto, o conhecimento das condições da ação nada tem de juízo de admissibilidade.

Sempre que o juiz extingue um processo por carência de ação deve, necessariamente, analisar a relação de direito material. Conhecerá dos fatos e argumentos apresentados pelo autor (causa de pedir) e, se for o caso, dos argumentos apresentados pelo réu: em outras palavras, conhecerá das questões de mérito.

Adotando-se a teoria de que as questões de mérito compõem o mérito, então o juiz, como ensina Fábio Gomes, fará um juízo de mérito:

*“É muito comum que os juízes extingam processos declarando nas respectivas sentenças que o fazem sem julgamento de mérito, após examinarem efetivamente as relações de direito material que lhe são submetidas, no que diz respeito à legitimidade e à possibilidade jurídica do pedido e ao interesse (RT 686/135 e 684/59), induzindo desta forma os menos avisados em erro, pois como se sabe tal assertiva não alterará o conteúdo das decisões nem a verdadeira natureza do que nelas se contém”.*²¹⁴

O juiz deve, ainda, conhecer do pedido e causa de pedir do autor. Se o magistrado concluir que a pretensão do autor, tendo em vista os fatos narrados, não

²¹⁴ GOMES, Fábio Luiz. *Carência de Ação*, 1999. p. 14.

lhe trará benefício ou utilidade, então lhe falta interesse; se o autor pede algo com base em uma relação jurídica material da qual não faz parte, então é parte ilegítima; e se a tutela pleiteada através do pedido não é autorizada pelo ordenamento, este é juridicamente impossível.

Ao conhecer do pedido do autor, o juiz analisa a pretensão. E, em todos os casos de carência de ação, o juiz deixa de satisfazer a pretensão do autor porque ilegítima.

Observe-se o raciocínio de Fredie Didier Jr.:

*“Se o objeto litigioso do processo se compõe da relação jurídica substancial deduzida; se esta relação jurídica tem por elementos os sujeitos, o objeto e o fato jurídico; se o objeto da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico alegado; se a legitimidade ad causam, ao menos no âmbito da tutela individual, se constata a partir da relação jurídica material; se a possibilidade jurídica a ser investigada é a do pedido, que para muitos é o próprio mérito da causa; fica difícil, então, defender que a análise das mencionadas condições da ação não é uma análise do mérito (da relação jurídica substancial deduzida)”.*²¹⁵

Note-se, ainda, a diferença no que diz respeito aos pressupostos processuais. Enquanto o fato que extingue o processo por ausência dos requisitos de validade extinguiria qualquer processo, isto não ocorre com as condições da ação. Ou seja: a petição sem causa de pedir é invariavelmente inepta; a demanda que busca uma decisão com conteúdo idêntico ao de outra já proferida irá se chocar contra a autoridade da coisa julgada, sempre; uma criança de 11 anos não terá capacidade processual em qualquer processo em que demandar ou for demandada. Diversamente, o mesmo indivíduo que carece de ação em um processo, pode ter ação em outro, dependendo dos fatos, das alegações e do pedido.

III.3.3. Enfoque sobre a legitimidade ad causam.

A ilegitimidade da parte diz respeito à não correspondência entre as partes processuais e as partes integrantes da relação jurídica material.

²¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 2007. p. 161.

No entanto, é impossível, em processos individuais, verificar se uma parte é ilegítima sem conhecer do mérito do processo, seja ele qual for.²¹⁶

Se toda vez que um juiz declara uma parte ilegítima, ele está dizendo que essa parte não tem uma relação jurídica material com a outra, então parece evidente que o juiz, indiretamente, afirma que não existe um direito que legitime a satisfação de uma pretensão do autor. E isso é julgar o mérito.²¹⁷

Diferentemente de um pressuposto processual, como a capacidade processual, a *legitimidade ad causam* não se cinge exclusivamente ao processo para que se possa dizer que se trata de um requisito de admissibilidade. A análise da capacidade processual é direta e objetiva, averiguando apenas se o autor e o réu são maiores e capazes. A ilegitimidade exige o conhecimento das questões de mérito e do pedido.

Ademais, o conceito de parte é um conceito estritamente processual, sendo parte apenas aquele que integra a relação jurídica processual. Se peço algo ao Estado em face de alguém, isso basta para garantir a condição de parte a ambos os sujeitos da relação processual. A legitimidade, por outro lado, supõe que para ser parte de um processo o sujeito também deve ser parte em uma relação jurídica material. A raiz concretista é evidente, assim como a contradição.²¹⁸

Se a parte processual é parte também na relação jurídica material, trata-se de fato a ser descoberto no próprio processo, através das alegações das partes, dos documentos apresentados e das provas produzidas.

²¹⁶ Nos processos coletivos, a relação existente entre legitimidade, principalmente a do Ministério Público, e o mérito do processo é mais complexa e não constitui objeto desse trabalho.

²¹⁷ Como ensina Adroaldo Furtado Fabrício, “Efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimatío ad causam*, denega-lhe o juiz, clarissimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: ‘Se é que existe o direito subjetivo, dele não és titular’. Proclamando o juiz, por outro lado, ilegitimidade passiva *ad causam*, declara que *em face do réu*, não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência”. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, 1990, p. 19.

²¹⁸ Nelson Nery Júnior é expresso ao defender que “Parte, em sentido processual, é aquele que pede e aquele em face de quem se pede a tutela jurisdicional” (*Condições da Ação*, 1990, p. 35). Mas, ainda assim, defende a existência de partes “ilegítimas”. O autor chega até mesmo a afirmar que a aferição da ilegitimidade pode depender de prova (!), situação na qual a inicial não poderá ser indeferida. (Idem, p. 37).

Vale a pena transcrever a crítica de Fábio Gomes a esse posicionamento conflitante: “*Em verdade, sendo ‘parte’ um conceito pertinente ao campo do processo e com o qual identificamos autor e réu, não se há falar em parte processualmente ilegítima; a própria identificação das partes exige, como pressuposto, um processo pendente. Aliás, ninguém discute que só por negação chega-se ao conceito e terceiro, e que não se confundem o terceiro frente a uma relação de direito material e frente ao processo.*

“*Não se deram conta os seguidores de Liebman que quando falam em ‘parte ilegítima’, na realidade afirmam que a referida parte não é ‘parte’, como também que a verdade ‘parte’ não é sujeito do processo*”. GOMES, Fábio Luiz. *Carência de Ação*, 1999, p. 66-67.

São diversos os casos de extinção do processo por ilegitimidade de uma das partes. Na apelação cível e reexame necessário nº 0411163-7, a título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Paraná declarou a ilegitimidade passiva de uma das demandadas porque os débitos previdenciários eram anteriores à sua constituição e, por isso, a empresa era irresponsável.

Nesse caso, o Tribunal não só foi obrigado a analisar a relação de direito material, principalmente no que se refere à formação do crédito previdenciário, constituição da empresa etc., como também ‘julgou’ o pedido do autor referente à condenação da demandada, considerando-a irresponsável pelo pagamento do débito.

Ao contrário da extinção do processo por ilegitimidade *ad causam* passiva, a pretensão do autor deveria ter sido julgada improcedente em razão da irresponsabilidade da empresa.

III.3.4. Enfoque sobre o legítimo interesse processual de agir.

O interesse de agir diz respeito ao binômio necessidade/utilidade. Isso quer dizer que só existe ação quando a prestação jurisdicional trazer alguma utilidade ao demandante, além de ser necessária para a satisfação de sua pretensão.

O interesse de agir é tão abrangente que bastaria como única condição da ação. O próprio Liebman reconheceu que o pedido juridicamente impossível é também uma falta de interesse de agir. A ilegitimidade *ad causam* poderia, igualmente, ser recepcionada pelo interesse, na medida em que não só o autor ‘ilegítimo’ careceria de interesse, como também o réu ‘ilegítimo’ retiraria o interesse de agir do autor ‘legítimo’. Afinal, qual é o interesse daquele que pede algo de quem não é parte da relação jurídica material que fundamenta a demanda?

Do mesmo modo, quase todos os processos que recebem uma sentença de improcedência também poderiam ser extintos por falta de interesse.

Se João demanda o despejo José e o juiz constata que José cumpre regularmente um contrato válido e ainda vigente, então se poderia perfeitamente concluir que falta interesse a João.

Argumenta-se que o interesse de agir deve ser analisado em abstrato. Ou seja, aquele pedido pode, em tese, trazer alguma utilidade ao autor? As consequências são as mesmas da teoria da asserção e, em nada, afastam-se do mérito.

Se a satisfação de uma pretensão não traz nenhum benefício ao autor, então o Estado deve julgar essa pretensão improcedente, pois não cabe a tutela. Se o direito ainda não é exigível, então a pretensão é infundada.

Cândido Dinamarco apresenta alguns exemplos de falta de interesse de agir: o do credor que pede a condenação do devedor disposto a pagar a dívida; o do devedor na ação de consignação em pagamento, quando o credor jamais se recusou a receber; o do locador que promove ação de despejo contra inquilino que já desocupou o imóvel; o mandamento de aparição em uma festa que já aconteceu.²¹⁹

Em todos os exemplos apresentados há julgamento do mérito, mesmo se rejeitada a concepção de mérito que engloba o objeto de conhecimento do juiz.

Como já foi dito anteriormente, todo direito subjetivo depende de reconhecimento e, caso não reconhecido e violado, deve o Estado reconhecer e efetivar o direito.

Nos dois primeiros exemplos apresentados, em momento nenhum o direito ao crédito ou ao pagamento foi violado. Ao contrário, tanto o devedor como o credor reconheceram o direito do outro e buscaram garantir-lhe efetividade. O titular do direito, entretanto, pede a satisfação de um direito que não foi violado o que, como consequência, acarretaria a falta de interesse na tutela jurisdicional.

O titular do direito, contudo, exerceu seu poder de ação ao romper a inércia jurisdicional e demandar a satisfação de uma pretensão. Ou seja, rejeita-se desde logo a idéia de condição da *ação*.

Por outro lado, o Estado não só conheceu de questões puramente processuais, como a capacidade processual das partes, a existência ou não de litispendência, coisa julgada ou preempção, como também conheceu de questões de mérito, analisando os fatos referentes ao caso concreto apresentado.

Mas o Estado foi além. Ele foi obrigado a dizer que o demandante não tinha direito a ter a sua pretensão satisfeita, pois o direito que a sustentava não havia sido violado. E a violação do direito (e não a sua simples existência) é que sustentava a pretensão.

²¹⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 304.

Em nenhum momento o Estado se recusou a prestar a atividade jurisdicional. Ele o fez, mas o fez para dizer que o direito do autor não tinha sido violado e, por isso, não satisfaria a sua pretensão.

A mesma solução teria o caso em que o autor deixa claro, na própria petição inicial, que o demandado desejava pagar e ele é que não quis receber, ou vice-versa.

Nesses casos, o pedido tem que ser julgado improcedente porque não há nenhum direito que legitime a pretensão de impor ao devedor (ou credor) o pagamento (ou recebimento) em juízo. O Código Civil dispõe, nos arts. 304 a 333, o modo pelo qual as obrigações serão adimplidas e a imposição à outra parte da relação jurídica material de recebimento ou pagamento em juízo não está lá prevista.

Com relação ao exemplo da festa, a análise do mérito fica ainda mais evidente. A diferença é que se trata de um caso nítido de improcedência do pedido.

Se o autor pede uma tutela mandamental para que o réu compareça a uma festa que já aconteceu, pede algo a que ninguém tem direito, pois é impossível que se mande alguém fazer algo no passado. Cabe ao Estado, como consequência, rejeitar essa pretensão sem embasamento legal.

Frise-se que a pretensão é que está sendo julgada. Não há nada aqui que diga respeito a aspectos relativos à demanda. Todos os pressupostos processuais estão satisfeitos, bem como houve uma correta propositura da demanda. Cabe agora ao juiz verificar se satisfará ou não a pretensão. E é isso que ele faz ao dizer que não a satisfará porque o autor não tem o direito que afirma ter, ainda que esse direito afirmado seja absurdo.

III.3.5. Enfoque sobre a possibilidade jurídica do pedido.

A possibilidade jurídica do pedido tem nome auto-explicativo. Busca-se saber se o pedido do autor pode, em tese, ser julgado procedente. É impossível juridicamente, por exemplo, a cobrança de dívida de jogo. Também é impossível o pedido de prisão civil por inadimplemento contratual ou a condenação a trabalho escravo.

Talvez a possibilidade jurídica do pedido seja a condição da ação que mais nitidamente implique julgamento do mérito. E isso pode ser facilmente demonstrado.

Ao contrário das demais, a análise da possibilidade jurídica do pedido dispensa o conhecimento das questões de mérito. Basta ao juiz que leia o pedido do autor para constatar que aquele pedido não é autorizado pelo ordenamento.

No entanto, sempre que o magistrado verifica que um pedido é juridicamente impossível ele está analisando a pretensão do autor. Se o autor pretende algo que não é permitido, o juiz deve rejeitar a satisfação dessa pretensão.

Todos os casos de pedido juridicamente impossível são idênticos ao julgamento de improcedência, pois todos os pedidos juridicamente impossíveis veiculam pretensões sem embasamento legal. A diferença reside, mais uma vez, em quão improcedente é o pedido juridicamente impossível.²²⁰

Não há, desse modo, diferença entre a improcedência de uma pretensão a compensação por danos extrapatrimoniais e a improcedência da pretensão à condenação por dívida de jogo. Em ambos os casos o demandante não tem um direito que legitime sua pretensão.

José Botelho de Mesquita, em artigo escrito com outros autores, tenta dar nova vida às condições da ação ao definir mérito não como o pedido do autor, mas sim como a relação existente entre a causa de pedir e o pedido.²²¹ Desse modo, a impossibilidade jurídica do pedido não seria um juízo de mérito, já que diz respeito unicamente ao pedido e não à relação entre este e a causa de pedir.

Ocorre, contudo, que os autores não se deram conta de que, não obstante seja informado pela causa de pedir, é o pedido a essência da pretensão. Exemplo cabal disso é a existência da defesa indireta, hipótese em que o juiz pode aceitar a 'relação existente entre o pedido e a causa de pedir', mas julgar improcedente o pedido porque existe um fato que extingue (impede ou modifica) o direito que fundamenta a pretensão.²²²

Por tudo, impõe-se a adesão ao que afirmou Adroaldo Furtado Fabrício:

²²⁰ Esse é o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque: "Verifica-se, pois, que *impossibilidade jurídica e improcedência* são fenômenos ontologicamente iguais. A diferença está no maior ou menos grau de incompatibilidade entre a pretensão e o sistema". *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 273.

²²¹ Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de *et alii*. *O colapso das Condições da Ação?*, 2007. p. 23.

Similar é o posicionamento de Humberto Theodoro Jr (Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 17-19).

²²² Se João pede indenização por descumprimento de cláusula contratual, mas José contesta alegando exceção de contrato não cumprido, o juiz não rejeitará a relação existente entre a causa de pedir e o pedido, mas julgará improcedente o pedido porque a pretensão por ele veiculada não pode ser satisfeita.

*“Por muito que nos tenhamos empenhado na meditação do assunto e por maior que tenha sido nosso esforço em penetrar as razões do convencimento que parece ser o da maioria (sobre ser a solução da lei), fortalecemos sempre mais nossa convicção no sentido de ser a sentença declaratória da impossibilidade jurídica uma típica e acabada sentença de mérito. Ao proferir-la o juiz ‘rejeita o pedido do autor’, nos exatos termos do art. 269, I; denega-lhe o bem da vida por ele perseguido através do processo; afirma que ele não tem o direito subjetivo material invocado; diz que ele não tem razão; indefere-lhe o pedido mediato formulado; repele a sua demanda. Podem-se alinhar às dezenas outras maneiras de dizer, mas todas significarão sempre que a ação (rectius, o pedido) não procede”.*²²³

III.3.6. Extinção do processo sem julgamento do mérito, condições da ação e a resolução liminar do mérito.

Independentemente do que está disposto nos arts. 3º, 6º e 267, VI, do CPC, toda vez que um juiz extingue um processo sem julgamento do mérito porque o demandante é carente de ação, está, em verdade, julgando o mérito. Ele analisa as questões de mérito, analisa o pedido do autor e chega à conclusão que a pretensão deduzida não pode ser satisfeita.

A extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação é uma ficção, algo que não condiz com a realidade e somente deixa de fazer coisa julgada, porquanto o legislador quis que assim o fosse.

Em brilhante artigo, Egas Moniz de Aragão afirma que o exegeta não pode tomar para si o poder de legislar, pois se instalaria a incerteza e a insegurança. Desse modo, segundo ele, caberia aos operadores do direito buscar entender a lei e aplicá-la da melhor forma possível. Se as condições da ação nos foram impostas, então elas “devem ser entendidas e aplicadas de modo a não contrariar a opção do legislador”.²²⁴

Concordamos com tudo o que Egas Moniz de Aragão afirma a respeito do papel do exegeta, mas não concordamos que isso se aplique às condições da ação.

²²³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 17.

De acordo com o pensamento de José Roberto Bedaque, “Verificada a impossibilidade jurídica da demanda, quer isso decorra do pedido, da causa de pedir ou das próprias partes, a cognição realizada pelo juiz é suficiente para julgar improcedente a pretensão de plano. O fato de isso ocorrer logo no início do processo não impede seja a decisão apta a definir integralmente a questão principal do processo. Nela está contida resposta negativa ao pedido do autor, não importando o momento em que proferida ou a cognição que a fundamenta. Trata-se de improcedência *prima facie*”. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 265.

²²⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação*, 2002. p. 445.

A grande diferença das condições da ação, quando comparada com outros institutos criticados, é que a sua aplicação é absolutamente facultativa. Como não há a menor diferença entre a sentença terminativa por carência de ação e sentença de improcedência, cabe ao juiz decidir se ele aplicará o art. 267, VI, ou o art. 269, ambos do CPC.

O juiz pode, portanto, deixar de extinguir um processo em que o autor seria carente de ação para julgar o *meritum causae*. E, com exceção da extinção *in status assertionis*, parece evidente que essa é preferível àquela.

Por outro lado, há que se conceder razão aos defensores das condições da ação, ao afirmarem que não há cabimento em permitir o desenvolvimento de um processo cujo resultado já é conhecido. Segundo Cândido Dinamarco:

*“A tendência à universalização da tutela jurisdicional é refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei”.*²²⁵

Não se pode negar, desse modo, que o instituto tem um papel de grande importância na eliminação de processos inúteis e sem sentido, principalmente se adotada a teoria da asserção. A garantia de acesso à Justiça e os fatores mencionados na primeira parte desse trabalho ampliaram enormemente os ‘clientes’ da jurisdição. Com isso, proliferam-se pretensões descabidas, que só fazem sobrecarregar o Poder Judiciário, impedindo-o que julgue aquilo que realmente é necessário.

As condições da ação permitem que o juiz rejeite as pretensões obviamente improcedentes, seja porque absurdas, seja porque a improcedência pode ser facilmente constatada pelos documentos apresentados pelo autor. Precisa é a lição de Sérgio Cruz Arenhart:

“Calha adiantar que se defende aqui a idéia de que, realmente, não há distinção entre condição da ação e mérito da pretensão. Ao que parece, as condições da ação (na verdade a sua ausência) não são mais do que hipóteses evidentes de improcedência do pedido, em que a solução para o

²²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 298.

*caso independe de maiores aprofundamentos, haja vista a obviedade da solução da controvérsia”.*²²⁶

É descabido dar prosseguimento a um processo cujo objeto, por exemplo, é uma pretensão a uma condenação por dívida de jogo. Basta ao juiz ler a petição inicial para descobrir que esse processo jamais receberá uma sentença de procedência. Não há, por isso, como defender a citação do réu, obrigá-lo a pagar advogado e lhe impor as inconveniências de um processo em um caso como esse.

As condições da ação, na visão assertista, ainda que técnica e teoricamente equivocadas, exercem uma função importante de filtro de processos cujo fim é facilmente sabido. São, destarte, hipóteses de julgamento liminar do mérito, também através de cognição exauriente, muito mais abrangentes e completas que as vistas nos pontos II.3 e II.4.

Mas as condições da ação são ainda mais do que filtros. Como muito bem anotou Adroaldo Furtado Fabrício, julgar improcedente a pretensão do autor de imediato porque evidentemente ilegítima é “a mais radical de todas as formas possíveis de negar-lhe razão”.²²⁷ E o autor acrescenta: “É uma negativa mais terminante e desenganadora do que, e. g., a fundada na inexistência ou mera insuficiência de prova dos fatos alegados”.²²⁸

No entanto, por determinação do código, a decisão que extingue o processo por carência de ação recebe uma roupagem diversa, devendo ser considerada uma sentença extintiva que não produz coisa julgada. E disso, como bem afirma Egas Moniz de Aragão, não se pode fugir.

O problema está no fato de que a sentença extintiva implica, sempre, frustração da prestação jurisdicional. Ao extinguir um processo, a mensagem que se passa é que o Estado não exerceu a jurisdição de forma plena. A proliferação desse tipo de sentença é danosa e problemática, pois, como ensina Bedaque, “representa o fracasso do meio, que não conseguiu atingir seu fim”.²²⁹

²²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, 2003. p. 231.

²²⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 23.

²²⁸ Idem, *ibidem*.

Defende Freddie Didier Jr, no mesmo sentido, que “A improcedência macroscópica é apenas a forma mais avultante de improcedência e, por isso, deveria ser tratada ainda com mais rigor – como já acontece com os casos de decadência legal e prescrição em favor do incapaz (note-se que o autor publicou o livro antes da alteração legislativa que permitiu ao juiz conhecer a prescrição de ofício, como visto na primeira parte desse trabalho). O caso é de improcedência *prima facie*”. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, 2005. p. 226.

²²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 44.

O papel da jurisdição é satisfazer pretensões, realizando o direito material e garantindo “a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico”²³⁰. Ao proferir uma sentença terminativa, o juiz simplesmente afirma que não julgará aquela pretensão, mantendo o estado de dúvida e incerteza das partes, bem como a situação litigiosa que, na maioria dos casos, fundamenta a demanda. A sentença terminativa implica gasto de dinheiro, perda de tempo e “frustração de esperanças”.²³¹ Extinguir o processo sem julgamento do mérito deve ser a exceção; a sentença de mérito, a regra.

Chega, por isso, a ser curioso o fato de que as condições da ação, não obstante as insistentes e completas demonstrações, por alguns dos maiores processualistas do Brasil, de que implicam exame de mérito, continuem a ser vastamente difundidas como requisitos de admissibilidade. Por outro lado, a benéfica inovação promovida pelo art. 285-A é duramente atacada, como se o julgamento do mérito fosse uma deturpação do processo. Mais uma vez, fica a lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

“Consequência dessa visão equivocada da técnica é o grande número de sentenças de extinção do processo sem julgamento do mérito, como se essa fosse a melhor utilidade possível a ser extraída da atividade jurisdicional. Trata-se de verdadeira inversão de valores, especialmente porque esses julgamentos em grande parte ou poderiam ser evitados, ou contêm exame de mérito”.²³²

Ao invés de se buscarem instrumentos para que o mérito seja julgado o mais rápido possível, respeitado sempre o devido processo legal, buscam-se meios de extinguir o processo rapidamente, impedindo a completa prestação jurisdicional.

As condições da ação têm, com efeito, a função de eliminar processos inúteis. Mas o fazem, mais uma vez, invertendo valores, desrespeitando a lógica e a teoria processual e frustrando a prestação jurisdicional. Nem se fale, então, da possibilidade de se extinguir um processo por carência de ação em etapa avançada do procedimento, depois da realização de vários atos processuais²³³

²³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 1984. p. 3.

²³¹ Cf. Idem. p. 89.

²³² Idem. p. 42.

²³³ “Nada mais frustrante para o estudioso do direito processual e mais prejudicial ao que necessita da tutela jurisdicional do que, após longos anos, depois de praticados inúmeros atos e despendida enorme energia, a

Note-se que o processo de conhecimento tem como fim imediato uma solução para a pretensão do autor apresentada, seja procedente ou não. Mas essa solução, desde que preenchidos os requisitos mínimos de validade, deve vir.

O julgamento liminar do mérito não é prejudicial, muito pelo contrário. O legislador, consciente da função da jurisdição e dos anseios da população, vem modernizando e melhorando o processo civil a passos largos ao aumentar, cada vez mais, as hipóteses em que o juiz pode julgar improcedentes, antes da citação do réu, as pretensões manifestamente infundadas.

Sendo assim, o legislador poderia dar mais um largo passo em prol da efetividade do processo e da proteção dos jurisdicionados do abuso do exercício da ação, atribuindo ao conhecimento das condições da ação natureza de resolução liminar do mérito por improcedência manifesta da pretensão do autor. Tal medida garantiria a efetiva prestação jurisdicional e ajudaria a eliminar processos cujo seguimento é desnecessário.

IV. CONCLUSÕES

PARTE I - RESOLUÇÃO LIMINAR DO MÉRITO

I.1. Fundamentos da resolução liminar do mérito

1. Um processo efetivo é aquele que pondera adequadamente entre a celeridade e o devido processo legal, garantindo o resultado almejado pelo ordenamento jurídico (BEDAQUE).
2. O processo não deve ser dilatado para que sejam produzidas provas desnecessárias.
3. Cabe ao juiz reger o processo, garantindo que as partes não realizem atos protelatórios.
4. A instrumentalidade do processo está relacionada à simplificação do instrumento, de modo a se alcançar os mesmos objetivos de maneira mais eficiente.
5. A morosidade do Judiciário tem causas variadas e não é fenômeno exclusivamente brasileiro.
6. As hipóteses de resolução liminar do mérito são instrumentos processuais valiosos, acelerando processos que acabarão, invariavelmente, com sentença de improcedência.

I.2. Algumas hipóteses de resolução liminar do mérito.

1. Tanto a sentença que declara a caducidade do direito, como a que declara a prescrição da pretensão material, é uma sentença de mérito.
2. A modificação promovida pela lei 11.280/06, ao permitir ao juiz conhecer de ofício da prescrição, foi acertada.

I.3. Resolução liminar de causas repetitivas.

1. A inserção do art. 285-A ao Código de Processo Civil tratou-se de valiosa alteração legislativa, implicando diversos benefícios ao direito processual civil brasileiro.
2. Casos idênticos, expressão contida na redação do art. 285-A, significa identidade do objeto de conhecimento do juiz, isto é, identidade das questões de mérito. Não se confunde com demandas, nem processos idênticos.

3. Juízo significa órgão jurisdicional. Sendo assim, o juiz de primeiro grau só poderá julgar liminarmente causas repetitivas quando já houver caso paradigma em sua vara.
4. O julgamento liminar de causas repetitivas limita-se às sentenças de total improcedência.
5. O demandado deve ser comunicado do proferimento de sentença liminar de improcedência, de modo a promover a publicidade dos atos processuais e garantir ao réu conhecimento da sentença que lhe foi favorável.
6. É possível que o juiz utilize como paradigma casos em que o número de fundamentos apresentado pelo autor é menor, desde que os fundamentos apresentados na nova demanda não sejam essenciais ao julgamento do feito.
7. O magistrado deve evitar proferir decisões dissonantes da jurisprudência do tribunal a que está vinculado ou de tribunal superior. Mas não há nada que vede a aplicação do art. 285-A quando a decisão contrariar o entendimento predominante dos tribunais.
8. A citação não é pressuposto de existência do processo, mas requisito de validade.
9. O art. 285-A é perfeitamente constitucional, implicando benefícios não só ao réu, mas também ao autor.
10. A cognição realizada quando do julgamento liminar do mérito é exauriente, ainda que baseada apenas nas alegações do autor, pois fundada em juízo de certeza e não de probabilidade.

PARTE II – AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A RESOLUÇÃO LIMINAR DO MÉRITO

II.1. A evolução do conceito de ação

1. A teoria concreta da ação não consegue explicar a existência de sentenças de improcedência.
2. A boa-fé é indiferente para caracterizar a ação.
3. Da insatisfação da pretensão de direito material parte-se diretamente à via processual, independentemente da ação de direito material.

II.2. Críticas à teoria eclética

1. A teoria eclética não consegue explicar como um processo pode ser instaurado por uma ação inexistente.
2. Pela teoria eclética também não é possível definir qual é a natureza da atividade do juiz que declara o autor carente de ação.
3. Existe apenas uma ação. Não há sentido em se distinguir entre ação processual e ação constitucional.
4. A declaração de carência de ação em fase avançada do processo desrespeita o princípio da instrumentalidade do processo e trata-se de prejudicial negativa da prestação jurisdicional.
5. Não obstante tenha intenções louváveis, a teoria da asserção está sujeita às mesmas críticas dirigidas à teoria eclética, além de ser incapaz de explicar por que sentenças idênticas, mas proferidas em fases processuais distintas, têm natureza diversa.
6. Não há motivos para que a sentença de carência de ação não produza coisa julgada material, na medida em que a repetição da demanda implicará, novamente, falta do preenchimento de todas as condições da ação.
7. A ação é um direito potestativo de demandar ao Estado.
8. A ação é inócua sem a existência de direitos que garantam os instrumentos adequados à obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva.

II.3. A resolução liminar do mérito e as condições da ação.

1. O mérito do processo é a pretensão, de natureza processual, do autor.
2. A pretensão é externada pelo pedido, informado ou não pela causa de pedir.
3. A sentença de carência de ação implica, sempre, julgamento do mérito, independentemente do conceito de mérito adotado.
4. Parte é uma figura eminentemente processual. Desse modo, não há como se falar que uma parte é legítima; ou o sujeito está em um dos pólos da relação jurídica processual, ou não.
5. Ao afirmar que uma parte é ilegítima, o juiz julga improcedente o mérito do processo porque o autor não tem um direito que fundamente sua pretensão ou porque o direito que ele afirma ter não tem como sujeito passivo o demandado.

6. A falta do legítimo interesse processual de agir também implica um julgamento do mérito, na medida em que o autor apresenta uma pretensão não albergada pelo ordenamento jurídico.
7. A impossibilidade jurídica do pedido é a condição da ação cuja relação com o mérito mais facilmente pode ser constatada. Implica um evidente julgamento de improcedência porque o autor apresenta uma pretensão contrária ao direito.
8. A aplicação das condições da ação pode ser facilmente afastada pelo juiz, optando este por julgar o mérito.
9. As condições da ação como vistas pela teoria da asserção, ainda que facilmente criticáveis, têm um papel importante de impedir que se dê continuidade a processos originados por demandas flagrantemente improcedentes.
10. A sentença de mérito é o fim visado pelo processo de conhecimento. Não há sentido em se extinguir processos que poderiam ser julgados no mérito.
11. O legislador poderia dar mais um largo passo em prol da efetividade do processo e da proteção dos jurisdicionados do abuso do exercício da ação, atribuindo ao conhecimento das condições da ação natureza de resolução liminar do mérito por improcedência manifesta da pretensão do autor. Tal medida garantiria a efetiva prestação jurisdicional e ajudaria a eliminar processos cujo seguimento é desnecessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação*. Genesis: Revista de Direito Processual Civil, n. 25. Curitiba: Genesis, 2002. p. 439.

_____. *Sentença e Coisa Julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Lei 11.280, de 16 de Fevereiro de 2006 (análise dos arts. 112, 114 e 305, do Código de Processo Civil) (análise do §5º, do art. 219, do Código de Processo Civil)*. In: Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Org. Adriano Caldeira; Rodrigo da Cunha Lima Freire. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Manual de Direito Processual Civil: parte geral*, v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; ARRUDA ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ARRUDA ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ATAÍDE JUNIOR. Vicente de Paula. *A Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 11.277/2006)*. Revista de Processo, n. 141. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*. In: Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas. Coord. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. Petição elaborada na condição de *Amicus Curiae* na ADIn nº. 3.695/DF. Disponível em:

<http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Textos%20Importantes/Microsoft%20Word%20-%20Amicus%20curiae%20-%20285-A%20-%20IBDP.pdf>.

Acessado em 29 de setembro de 2008.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista de Processo, n. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. *Reconhecimento de Ofício da Prescrição: uma reforma descabeçada e inócua*. In Leituras Complementares de Processo Civil. 6. ed. Org. Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil*, v. 1. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

_____. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 2. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 3. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da Ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993

CROZE, Hervé; MOREL, Christian. *Procédure Civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Conceito de Mérito em Processo Civil*. Revista de Processo, n. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, t. I. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II e III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Revista de Processo, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A Preclusão no Direito Processual Civil*. Curitiba: Juruá, 1991

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

_____. *O Princípio Constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipadíssimo da Lide*". In: Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Org. Adriano Caldeira e Rodrigo da Cunha Lima Freire. Salvador: JusPodivm, 2007.

GIANULO, Wilson. *Julgamento ou Resolução do Mérito?* In: Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Org. Adriano Caldeira; Rodrigo da Cunha Lima Freire. Salvador: JusPodivm, 2007.

GOMES, Fabio Luiz. *Carência de Ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____; SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 23. ed. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 4.

KIMMICH, Liane Boll. *Teorias do Objeto do Processo no Direito Brasileiro e Alemão*. In: Elementos para uma nova teoria geral do processo. Org. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto Litigioso e Duplo Grau de Jurisdição*. In: Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas. Coord. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile: principi*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004

MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e Julgamento Liminar*. Disponível em www.professormarinoni.com.br, consultado em 18.07.2008, às 16h47.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. *Considerações sobre o deferimento, a emenda e o indeferimento liminar da petição inicial, e o que as leis 11.277/2006 e 11.280/2006 introduziram de novidade quanto ao tema*. Revista de Processo, n. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de *et alii*. *O colapso das Condições da Ação?* Revista de Processo, n. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MESSA, Ana Flávia. *Algumas considerações sobre a busca do processo efetivo no contexto das reformas processuais civis*. In: Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Org. Adriano Caldeira; Rodrigo da Cunha Lima Freire. Salvador: JusPodivm, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *A Multifuncionalidade do Direito Fundamental ao Contraditório e a Improcedência Liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner*. Revista de Processo, n. 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação Processual”): uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral*. Genesis: Revista de Direito Processual Civil, n. 34. Curitiba: Gênesis, 2004.

_____. *Por Uma Nova Teoria Geral da Ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação*. Genesis: Revista de Direito Processual Civil, n. 26. Curitiba: Gênesis, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREL, Christian; CROZE, Hervé. *Procédure Civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

MORTARA, Lodovico. *Commentario Del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, v. II. 3. ed. Milão: Dottor Francesco Vallardi, s.d.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Condições da Ação*. Revista de Processo, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Julgamento Liminar de Improcedência e o Recurso de Apelação*. Revista de Processo, n. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comentários acerca da Súmula Impeditiva de Recursos (Lei 11.276/2006) e do Julgamento Liminar de Ações Repetitivas (Lei 11.277/2006)*. Revista de Processo, n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, n. 34. Curitiba: Gênesis, 2004.

_____. *O Problema da Eficácia da Sentença*. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, n. 29. Curitiba: Gênesis, 2003.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Notas sobre o Conceito de Lide*. Revista de Processo, n. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PIMENTA, Haroldo; SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil*. Revista de Processo, n. 133. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PINTO, Fernanda Guedes. *As Ações Repetitivas e o Novel art. 285-A do CPC (racionalização para as demandas de massa)*. Revista de Processo, n. 150. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Paulo Mota. *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*. BFD 69, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile: parte generale*, v. I. Torino: UTET, 1957.

ROUBIER, Paul. *Droits Subjectifs e Situations Juridiques*. Collections Philosophie du Droit. Paris: Dalloz, 1963.

SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. *Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil*. Revista de Processo, n. 133. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SALGADO, Ulysses Maynard. *Art. 285-A do CPC: julgamento antecipadíssimo da lide ou julgamento liminar de improcedência do pedido*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1493, 2007. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10233](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10233)>. Acesso em 16 de janeiro de 2008.

SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, v. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. In: Polêmica sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direito Material e Processo*. In: Polêmica sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

_____; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.